Münster1937N° //

Jur DiSS

Das absolute Element im Mieterrecht

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Hans Ludwig Uppenkamp

Gerichtsreferendar aus Münster i. Westf.

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1937

Das absolute Element im Mieterrecht

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Hans Ludwig Uppenkamp
Gerichtsreferendar aus Münster i. Westf.

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1937

Referent: Herr Geheimrat Prof. Dr. Krückmann
Korreferent: Herr Prof. Dr. Schumann

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite:

I. Geschichtliche Entwicklung des Mietrechts hinsichtlich der rechtlichen Natur bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1

II. Übersicht über den Stand der heutigen Wissenschaft. 3

III. Dingliches und obligatorisches Recht. 5

IV. Die rechtliche Natur der Miete im Spiegel der verschiedenen Auffassungen. 7

1. Die Miete als rein obligatorisches Rechtsverhältnis. 8
2. Die Miete in einer Mittelstellung zwischen obligatorischer und dinglicher Rechtsnatur. . . . 11
3. Die Miete als dingliches Recht mit absolutem Element. 14
4. Die in der Miete enthaltene Ermächtigung mit absoluter Wirkung. 35

V. Schlußfolgerung. 53

I. Geschichtliche Entwicklung des Mietrechts hinsichtlich der rechtlichen Natur bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Die Auseinandersetzungen wissenschaftlicher Art über die noch jetzt heiß umstrittene Rechtsnatur der Miete in ihrer Einreihung in die Wertordnung des Bürgerlichen Gesetzbuches begannen schon mit der Veröffentlichung der 2. Lesung des I. Entwurfes zum BGB.[1].

Den Anstoß dazu gab die durch das BGB. gegenüber der Regelung des ALR. getroffene Änderung, daß die Miete aus dem Bereich des eintragungsfähigen Rechts, das die Verdinglichung des Rechtes herbeiführte, herausgenommen und in das Buch II der besonderen Schuldverhältnisse des BGB. übernommen wurde. Doch auch schon vor Inkrafttreten des ALR. und BGB. befaßte sich das römische und deutsche Recht mit der Frage der Rechtsnatur der Miete. Die Rechtsanschauungen der beiden Völker hinsichtlich dieser Frage waren so verschiedener Natur, daß sie im Zusammenhange mit der folgenden Erörterung über die Rechtsnatur der Miete wert sind, hier in aller Kürze besprochen zu werden.

Im römischen Recht blieb dem Mietrecht ein absolutes Element völlig versagt. Die Rechtsstellung des Mieters war hier nicht die eines durch die possessorischen Interdikte geschützten juristischen Besitzers, sondern lediglich die eines bloßen Inhabers, dem der Interdiktenschutz zur Wahrung seiner Rechte entzogen war. So ist es zu erklären, daß ihm auch bei Veräußerung des Grundstückes keinerlei Schutz, mit Ausnahme eines bloßen Schadensersatzanspruchs, gewährt wurde oder aber, daß der Mieter etwa schon vor Ablauf der Vertragszeit vertrieben werden konnte, ohne daß ihm mehr als wiederum ein einfacher Schadensersatzanspruch, ohne die Möglichkeit einer Abwehrklage, gegeben wurde[2]. Auch wenn der Störer ein Dritter war, wurde lediglich der

---

1 Fischer: Sammlung III, S. 16 ff.
2 Dernburg: Pandekten. (7. Aufl., Bd. II, § 111, 4) II. Bd., § 125 3a Anm. 3.

Vermieter verpflichtet, von seinen Rechten zum Schutze des Mieters Gebrauch zu machen. Diese Lösung entsprach durchaus der damaligen Rechtsauffassung, die nur dem possessor im Gegensatz zu dem fremdbesitzenden Inhaber verstärkten Schutz verleihen wollte. Sie ist aber aus Gründen der Willkürgefahr und der vorgezeichneten Umwege zur Durchsetzung des Rechts des Mieters sicherlich nicht als vorbildlich für die Jetztzeit zu bezeichnen.

Starke Widerstandskraft gegen das Eindringen dieses römisch-rechtlichen Gedankenguts äußerte das deutsche Recht. Das deutsche Recht gab dem Mieter die „Gewere". Als Inhaber dieser Gewere wurde der Mieter geschützt, wenn ihm auch eine selbständige Besitzklage versagt blieb. Diese entwickelte sich erst allmählich aus der im kanonischen Recht vorgesehenen exceptio spolii zu der später in das gemeine Recht übernommenen actio spolii, der Besitzschutzklage[3]. Diese Klage verlieh dem Mieter ein direktes Mittel zur Störungsabwehr gegen den Dritten wie auch dem Vermieter selbst. In dieser Klage liegt eine, wenn auch nicht ausschlaggebende, Tendenz der Verdinglichung des Mietrechts.

Anknüpfend an diese ältere Auffassung, die in der Miete ein dingliches Recht sah[3a], erscheint die Miete in der Regelung des ALR. als sogenanntes Recht zur Sache, das durch „nachfolgende Besitzübertragung bzw. Eintragung in das Grundbuch ohne weiteres dinglich wird"[4], und sich in ein Recht an der Sache oder auf die Sache verwandelt (s. ALR. I, 2 §§ 131 ff.; I, 4 §§ 16 ff.; I, 9 § 1 f.; I, 10, §§ 1 ff.; I, 19, §§ 4 ff.; I, 21, §§ 2 ff.). Es kann hiernach also jedes persönliche Recht, das sich auf eine bestimmte Sache bezieht, dadurch zu einem dinglichen werden, daß die betreffende Sache dem Berechtigten übergeben bzw. das Recht in das Grundbuch eingetragen wird. Auf diesem Wege ist im Preußischen Recht die Miete zu einem dinglichen Recht geworden, wenn die Mietsache übergeben oder auch bei Grundstücken das Mietrecht in das Grundstück eingetragen worden ist. Hierzu ist zu bemerken[5],

---

[3] Gierke, Deutsches Privatrecht, III, S. 208, 248, 251.
[3a] Gierke, Deutsches, Privatrecht III, S. 512 ff.
[4] Crome: Die juristische Natur der Miete. Bd. 37, S. 1 ff.
[5] wie Crome, a.a.O., S. 8 ausgeführt; Motive zum I. Entwurf, Bd. II, S. 381.

daß „diese Gesetzgebung zur Verdunkelung der Grenzen zwischen Sachenrecht und Schuldverhältnisse" führen muß.

Das BGB. löst sich durch die erschöpfende Regelung der §§ 535 ff. endgültig von den bisherigen Rechtssystemen wie dem gemeinen Recht, Pr.ALR., Code civil und dem BGB. für das Königreich Sachsen und beseitigt die partikularen und lokalen Gesetze sowie die sog. Gewohnheiten durch Art. 55 EG. BGB.[6].

Doch auch diese reichsgesetzliche Regelung mußte durch eine Reihe von Verordnungen und Gesetzen ergänzt werden[7].

II. Uebersicht über den Stand der heutigen Wissenschaft.

Auch in der neueren Mietgesetzgebung hat sich eine steigende Tendenz zur Verdinglichung, zu einem stärkeren Schutz des Mieters, geltend gemacht[8], die, wenn ihr auch der volle Erfolg einer Verdinglichung des Mietrechts versagt blieb, nichts destoweniger im Rahmen dieser Arbeit beachtet werden muß. Wenn diese bisher vorgenommenen Ergänzungen lediglich vom Gesetzgeber ausgingen, so ist damit nicht ausgeschlossen, daß auch die Rechtswissenschaft von sich aus[9] eine bessernde oder ergänzende Hand an das Gesetz legt. Besonders ist ein solches Vorgehen dann zu billigen, wenn nicht einmal eine Veränderung des geltenden Rechts vorgenommen wird, sondern lediglich ein im Gesetz selbst verborgener Rechtsgedanke am richtigen Ort zur Ausfüllung und Verdeutlichung einer vom Gesetz selbst vielleicht gewollten, aber durch Wortlaut und Stellung im Gesetzbuch unklar gebliebenen und zu wenig erkannten Rechtsauffassung angewandt wird. Ein solcher Rechtsgedanke aber zeigt sich, wie später ausgeführt wird, gerade im Mietrecht in der Rechtsfigur der sogenannten Ermächtigung, die dem Mieter erhöhten Schutz verleiht. Auch die mannigfachen Versuche in neuerer und älterer

---

[6] Allerdings mit der Ausnahme des Art. 93. Diese Bestimmung besitzt jedoch nicht privatrechtliche, sondern polizeirechtliche Natur. Ebenso mit Ausnahme der Art. 170, 171, die die vor dem 1. I. 1900 eingegangenen Mietverhältnisse in Kraft beläßt.

[7] Mittelstein, Die Miete, § 4, S. 7/8, 1932.

[8] s. dazu Staudinger-Kober, § 535, 8, S. 401; II. Bd., 2. Teil, 9. Aufl.

[9] Enneccerus-Kipp 1928, Allgemeiner Teil, § 30, II, S. 70.

Zeit, ein absolutes Element, im Grundstücksmietrecht festzustellen, daß von jeher ein Bedürfnis vorhanden war, das Gesetz in diesem Sinne zu ergänzen[10].

Nachdem Cromes Ansicht[11] von der rein obligatorischen Rechtsnatur der Miete, der sich fast die gesamte Rechtsprechung und Literatur anschloß[12], lange Zeit nahezu unangefochten geblieben war[13], erstanden ihm in der späteren Zeit in Cosack[14], Raape[15], Loening[16], Krückmann[17], und Kühne[18] Gegner, die sich insgesamt von der Vorstellung, das Mietrecht als rein obligatorisches Recht aufzufassen, loslösten und ein mehr oder weniger starkes Eindringen des dinglichen oder absoluten Elements in der Miete feststellen zu können glaubten. So verschiedenartige Wege diese Bestrebungen nahmen, die sich in ihrer Beweisführung teils auf die neuartige Regelung des Mieterschutzgesetzes beriefen[19], teils auf eine neu anzustellende Untersuchung des Zusammenhanges zwischen Rechtssatz und Interessenlage[20], teils darauf, daß das Gesetz selbst ja den Beweis absoluter Elemente erbringe[20a], und teils auf das Bedürfnis zur Ausbildung noch unentwickelter Belastungstypen im Bürgerlichen Gesetzbuch beitragen zu müssen[20b], — immer war der Grundgedanke mit Recht der der Befriedigung eines Bedürfnisses im Sinne der Anerkennung absoluter Elemente in der Miete.

Zweck dieser Arbeit ist es, diese absoluten Wirkungen in den Rechtsbeziehungen zwischen Vermieter und Mieter eines Grundstückes, wie sie sich praktisch zwischen beiden Parteien im täglichen Leben abspielen, sichtbar zu machen. Dabei soll es gleichgültig bleiben, ob der Vermieter in seiner Stellung als Wohnungsberechtigter, Nießbraucher usw. er-

[10] s. dazu auch Randzus, Dingliches Wohnrecht als Reformproblem in Deutsche Justiz, Heft 31, S. 1093 ff. 1935, der eine Verdinglichung der Miete in Form des Stockwerkseigentums fordert.
[11] IherJahrb. Bd. 37, S. 1 ff.
[12] s. Oertmann, Schuldverhältnisse, 5. Aufl. zu § 571, Anm. 3, 1929 mit der dort angegebenen Literatur und Rechtsprechung.
[13] mit Ausnahme von z. B. Cosack, Lehrb. II. Bd. 1904, § 135, 8 sowie Fuchs, GruchBeitr. 46/566 ff. 840. 1. Auflage.
[14] 7/8. Aufl. 1924, § 105 I, S. 391 ff.
[15] IherJahrb. 71/97 ff.; 74/179 ff.
[16] Die Grundstücksmiete als dingliches Recht 1930.
[17] Die absolute Wirkung der Miete in LZ. 1931, S. 1169 ff.
[18] Kühne, Versprechen und Gegenstand, ArchzivPr. 140, S. 1 ff.
[19] Loening, a.a.O., S. 265; Cosack, a.a.O., S. 391.
[20] Loening, a.a.O., S. 1, 5.
[20a] Krückmann, a.a.O., ZZ. 1931, S. 1169 ff.
[20b] Krückmann, a.a.O., S. 6.

scheint, er bleibt ja in jedem Falle Vermieter im Sinne des Gesetzes.

Zur Abgrenzung des Problems sei bemerkt, daß auf eine Beweisführung in Verbindung mit den §§ 571 ff. BGB., des reines Besitzschutzes, sowie des § 823 I BGB. verzichtet wird, da diese Bestimmungen für den Nachweis absoluter Elemente der hier versuchten Art keine Grundlage bieten können.

III. Dingliches und obligatorisches Recht.

Untersucht man die Frage, ob sich ein Recht als ein dingliches oder obligatorisches Recht darstellt, so ist vorauszuschicken, daß jedem dinglichen Rechte auch ein absolutes Element innewohnt[21]. Will man aber den Nachweis solcher absoluten Elemente versuchen, so ist es nicht zu vermeiden, den schwierigen und problematischen Begriff Absolutheit eines Rechts zu berühren. Es kann jedoch nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, etwa den gewaltigen Streitstoff, der sich um die Lehre vom absoluten Recht gebildet hat, von neuem zu entwickeln oder gar etwas Neues hinzuzufügen, vielmehr soll an dieser Stelle lediglich eine gedrängte Übersicht über die Entwicklung des Streitstoffs zur Lehre von Dinglichkeit und absolutem Element gegeben werden, da ein Hinweis dieser Art zum Verständnis der einzelnen Schriftsteller, die sich mit der Rechtsnatur der Miete befaßt haben, notwendig ist.

Im Großen und Ganzen wird in der Wissenschaft an erster Stelle der Gegensatz: relativ-absolute Rechte hervorgehoben[21a].

Während das Wesen des relativen Rechts unschwer darin zu erblicken ist, daß es die ihm innewohnende Rechtswirkung lediglich gegen einzelne bestimmte Personen äußert, ist eine Begriffsbildung für das Wesen des absoluten Rechts ungleich schwerer zu finden, besonders, da eine gesetzliche Regelung völlig fehlt.

Die ältere Literatur aus der Entstehungszeit des Bürgerlichen Gesetzbuchs sucht das Wesen des absoluten Rechts im wesentlichen am Beispiel der dinglichen Rechte zu erklä-

[21] Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, §§ 72, 74, S. 171 ff.
[21a] v. Tuhr, Allgem. Teil I, S. 203 ff. Kühne, a.a.O., S. 10; Krückmann, Institutionen, § 3, III.

ren. Hierbei sah man als das Wesentliche die unmittelbare Herrschaft über eine Sache an[22]. Diese Auffassung lassen auch die Motive erkennen[23]. Da man jedoch bald einsah, daß mit dieser Definition der wahre Inhalt des dinglichen Rechts noch nicht deutlich genug erfaßt wurde, gelangte man weiter zu der Ansicht, daß der Wille des Berechtigten maßgebend für das Verhalten eines jeden in bezug auf eine Sache sei[24]. In Hinsicht darauf, daß hiermit aber die Befugnisse des Berechtigten nicht greifbar genug nach außen hervorträten, bildete sich die Ansicht, daß lediglich in dem Klageschutz gegen jedermann das Wesen der Dinglichkeit enthalten sei[25]. Diese Meinung, die, wenn auch in abgeschwächter Form, noch heute vertreten wird[26], steht jedoch im Gegensatz zu der jetzt herrschenden Ansicht, die mit Recht ausführt, daß der absolute Klageschutz lediglich eine Ausdrucksform der Dinglichkeit darstellt, d. h. daß die Dinglichkeit eines der absoluten Elemente ist[27]. Am nächsten kommt der neueren Auffassung über das Wesen des absoluten Rechts v. Tuhr[28], der in der Wirkung gegen jeden das Ausschlaggebende sieht.

Die neuere Wissenschaft hat es abgelehnt, den Begriff des absoluten Rechts im Ganzen durch eine Wesenserklärung zu erfassen. Sie beschränkt sich darauf festzustellen, daß ein rein absolutes Recht „völlig der praktischen Verwendbarkeit im positiven Recht entbehre“[29], und will lediglich verschiedene Eigenschaften und Merkmale der Dinglichkeit[30] anerkennen. Warum man von dem bisher allgemein gebräuchlichen reinen Begriff des absoluten Rechts, abgehen will, ist nicht verständlich. Die Sicherheit der Rechtssprache auf so gefährlichem Gebiet müßte doch gewährleistet bleiben.

Ähnlich den oben ausgeführten Bestrebungen will Kühne[31] eine völlig neue Besitzart mit absolutem Element in das

---

[22] Staub in ArchbürgR. V/13. Dernburg, Pandekten, I, Abs. 1, 6. Aufl. 1908. Endemann, Bürg. Recht II, S. 10.
[23] Prot. III/2.
[24] Windscheid-Kipp, Pandekten I, S. 140.
[25] Oertmann, IherJahrb. 31/461 ff.
[26] Oertmann, ArchzivPr. 123/132; Cosack II, 1, § 105, 1, 7/8. Aufl. 1924. Kress, Schuldr. § 1, Anm. 2. „unentwickelter absoluter Klageschutz“.
[27] Loening, a.a.O., S. 48; Raape, Jher. Jahrb. 74/249; Naue, a.a.O., S. 9; Enneccerus-Kipp, 1930, S. 204.
[28] v. Tuhr, Allgem. Teil. S. 205, wenn auch unter Einschränkungen.
[29] Loening, a.a.O., S. 53.
[30] Loening, a.a.O., S. 18 ff.; Raape, JherJ. 74/222.
[31] Kühne, a.a.O., S. 14.

System der Sachenrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingereiht wissen, die als Recht mit abgeschwächter Absolutheit[32] in allen Wirkungen neben das absolute Recht zu stellen sei. Diese Methode, auf die später noch näher eingegangen werden soll, ist vor allen Dingen abzulehnen.

Im Gegensatz zu den zuletzt genannten Auffassungen ist festzustellen, daß ein Recht absolut nur dann ist, wenn es eine Selbstbehauptungsfähigkeit gegen jedermann besitzt[33]. Wenn die Gegner dieser Ansicht darauf hinweisen, daß dieses Kriterium dann entfalle, wenn dem absoluten Rechte andere gleichstarke oder auch stärkere entgegenstehen, so sind sie darauf hinzuweisen, daß bei einer wie hier gegebenen qualitativen Teilung[34] das absolute Element noch da ist, auch wenn es in einer anderen Hand ist; denn das absolute Recht ist dasselbe geblieben, nur sind die Befugnisse anders verteilt worden.

Es ist offenbar, daß nach dem hier geschilderten Wesen der Absolutheit dem Rechtsinstitut der Miete eine rein absolute Natur nicht zugesprochen werden kann. Das Ziel der vorliegenden Arbeit kann es darum nur sein, darzulegen, inwieweit die Miete Wirkungen im Sinne eines absoluten Rechts gegen jedermann aufweist.

IV. Die rechtliche Natur der Miete im Spiegel der verschiedenen Auffassungen.

Aus dem Streit der Meinungen um die Rechtsnatur der Miete lassen sich viererlei verschiedene Gruppen von Ansichten herausschälen: eine erste Gruppe, die die Miete als ein Rechtsgebilde rein obligatorischer, wenn auch besonders wirkender Natur betrachtet, eine zweite, die die Miete mit dinglich-absoluter Kraft, wenn auch zum Teil in abgeschwächter Form, ausstattet, eine dritte, die zwischen diesen beiden ersten Gruppen vermitteln will, und eine vierte, die der Miete eine rein absolute Wirkung, wenn auch nur in einzelnen, aber wesentlichen Beziehungen, gibt.

[32] Kühne, a.a.O., S. 14.
[33] Krückmann, LZ 1931, S. 1169.
[34] s. dazu Krückmann, ArchzivPr. 103/139 ff.

1. Die Miete als rein obligatorisches Rechtsverhältnis.

Die erste Gruppe hat ihre wissenschaftliche Begründung in der Hauptsache durch die eingehende Arbeit Crome's (a.a.O.), die nahezu unangefochten durch lange Jahre die Auffassung von der Rechtsnatur der Miete bestimmte, gefunden. Seit dieser Zeit war man gewohnt, das Mietrecht in der reinen Duldungspflicht des Vermieters zu sehen.

In seiner Abhandlung hat sich Crome, wie er selbst zugibt, in erster Linie daran gehalten, daß für die Verdinglichung der Miete, wenn man auf die Entstehungszeit des BGB. zurückgehe, kein Anhalt gegeben sei, und daß schon durch die Stellung der Mietvorschriften im Buch der Schuldverhältnisse, während doch die echten Rechte absoluter Natur ausnahmslos im Buch der Sachenrechte aufgeführt seien, die Rechtsnatur der Miete festgestellt sei. Als weiteres wesentliches Moment führt Crome das Fehlen der Eintragungsfähigkeit an und stellt die Frage, weshalb wohl das bürgerliche Recht, das bei anderen dinglichen Rechten dieser Art die Eintragung verlange, wenn es eine Dinglichkeit der Miete gewollt habe, dies bei der Miete nicht getan habe. Endlich glaubt er, die Dinglichkeit der Miete deshalb verneinen zu müssen, weil dem Mieter ein petitorischer Klageschutz, wie er den anderen dinglichen Rechten gegeben sei, fehle, ihm im Gegenteil höchstens ein Schutz possessorischer Art verliehen sei[35], während z. B. dem Nießbraucher in § 1065 BGB. ein Klageschutz petitorischer Art gestattet sei. Das Gesetz weise vielmehr in einem solchen Falle den Mieter vermittels der Anzeigepflicht nach § 545 BGB. an den Vermieter. Ein selbständiges Verteidigungsrecht besitze der Mieter somit nicht. Auch in der Zwangsvollstreckung zeige sich die rein obligatorische Natur der Miete, da auch hier ihre Kraft, zwar nicht völlig gebrochen, so doch stark abgeschwächt sei, da der Ersteher infolge seines Kündigungsrechtes die Weitermiete nicht zu dulden brauche. Erst recht aber zeige sich die herabgeminderte Kraft der Miete infolge ihres Mangels der Eintragungsfähigkeit, wenn ihr andere, jüngere Rechte, die eingetragen seien, vorgingen, die Miete selbst aber weichen müsse.

[35] Crome, a.a.O., S. 43.

Wenn Crome zunächst der vollzogenen Besitzübertragung bei der Bewertung der Frage, ob Dinglichkeit oder nicht, keine große Bedeutung beimessen will und diese ebenso die Eintragung als Publizitätsmittel nicht ersetzen lassen will, so ist ihm hierin zweifellos Recht zu geben. Die Frage, ob die Mietsache von dem Mieter bereits in Besitz genommen ist, kann für die Frage der Dinglichkeit keinen Beweis liefern, da durch die Besitzübertragung nach bürgerlichem Recht kein dingliches Recht an einem Grundstück entsteht[36]. Auch aus den §§ 571 ff. ist kein Beweis für die Dinglichkeit, d .h. die absoluten Wirkungen der Miete, zu ersehen. Hier handelt es sich um eine Sonderregelung für bestimmte Fälle, die erst die Voraussetzungen vollzogenen Besitzerwerbes des Mieters und Veräußerung der Mietsache zur Grundlage haben und erst nach Vorliegen dieser Voraussetzungen dem Mieter einen gewissen Schutz bieten. Hier mangelt es völlig an der Wirksamkeit gegen jeden Dritten. Durch die §§ 571 ff. ist nur ein bestimmter Kreis von Personen vorgezeichnet, gegen die dem Mieter Schutz gewährt wird, nicht aber ein unbestimmt großer; vielmehr ist in dieser Vorschrift lediglich immer der einzelne Ersteher gebunden und auch das nicht einmal dinglich, denn aus den Worten des Gesetzes[37] im § 571 I ist zu entnehmen, daß ein schuldrechtliches Verhältnis, gleichviel welcher Art, zwischen Mieter und Erwerber, umfänglich dem früheren Mietsverhältnis gleich, entsteht[38].

Und dennoch ist Crome der Vorwurf nicht zu ersparen, daß er sich in der Beurteilung der Rechtsnatur der Miete bei seiner wesentlichen Beweisführung zu sehr an die äußere Form des Gesetzes gehalten und nicht die Frage geprüft hat, inwieweit sonst noch absolute Elemente in der Miete enthalten sein können. Dies ist freilich daraus zu verstehen, daß seine Auseinandersetzung über die Rechtsnatur der Miete sich lediglich nach dem Stande der damaligen Wissenschaft richten konnte, die nähere Forschungen in dieser Art noch nicht angestellt hatte.

---

[36] Oertmann, zu § 571, S. 824 ff. Naue, a.a.O., S. 68, der mit Recht die fehlende Einigung und Eintragung bemängelt.

[37] s. „anstelle", dazu auch im wesentlichen zustimmend die gesamte Literatur und ständ. Rspr., die in irgendeiner Weise ein schuldrechtliches Verhältnis annimmt. Welcher Art, ist im Rahmen dieser Arbeit nicht wesentlich.

[38] Dasselbe wie in Anm. 37.

Entgegenzutreten ist insoweit der Beweisführung von Crome, als er allein schon aus der mangelnden Eintragungsfähigkeit der Miete, die auf ihren rein obligatorischen Charakter hinweise, sowie aus der Tatsache, daß auch die Kommissionen offenbar der Miete keinen dinglichen Inhalt hätten geben wollen, endgültig die Rechtsnatur der Miete als rein schuldrechtliches Gebilde feststellen zu können glaubt. Gegen diese endgültige Feststellung spricht schon allein der Umstand, daß kein Rechtsgebilde mehr als gerade das Mietrecht durch besondere später erfolgte gesetzliche Regelungen Ergänzungen und Umwandlungen erfahren hat. Weiterhin aber ist nicht zu vergessen, daß mit der Veränderung wirtschaftlicher Verhältnisse eine Veränderung des sie ordnenden Rechts notwendig verbunden ist, die sich auch äußern kann in einer durch Rechtsprechung und Gesetz anerkannten Ausdeutung des Gesetzes selbst[39]. Wenn Crome zur Bejahung der Dinglichkeit auch die ausdrückliche Verleihung einer petitorischen Klage auf Grund gesetzlicher Regelung verlangt, so ist dem zunächst entgegenzuhalten, daß eine allgemein gegebene petitorische Klage höchstens eine untergeordnete Ausdrucksform des dinglichen Elements darstellt, nicht aber allein die dingliche Stellung eines Rechts bestimmt[40].

Im übrigen ist eine Auseinandersetzung mit Crome dadurch außerordentlich erschwert, daß er eine ganze Reihe von Momenten anführt, nach denen sich die Miete von den dinglichen Rechten scheiden soll, daß er dabei aber nicht deutlich erkennen läßt, auf welche Tatsachen er in erster Linie seinen Gegenbeweis stützen will.

An Crome angeschlossen hat sich im wesentlichen Eccius[41], wenn er sich auch bei der Verneinung der Dinglichkeit lediglich darauf beschränkt, zu erklären, daß den §§ 571 ff. eine Dinglichkeitsnatur nicht innewohnt. Auch er bestreitet die absolute Wirksamkeit hinsichtlich des in Besitz gesetzten Mieters und billigt diesem lediglich den Besitzschutz der §§ 854 ff. BGB. zu. Er deutet den wesentlichen Inhalt dieser Bestimmungen dahin, daß wichtig und ausschlaggebend allein die Tatsache sei, daß der dem Mieter hier entgegenstehende

---

[39] Enneccerus I, S. 70.
[40] Loening, a.a.O., S. 48; Fuchs in GruchBeitr. 46/560 ff.
[41] in GruchBeitr. 46/572 ff.

Dritte seine Rechtsstellung von dem obligatorisch verpflichteten Vermieter herleite, daß er also in die schuldrechtliche Stellung eintrete, durch die ihm gesetzlich in diesem Falle verboten werden sollte, sein Eigentumsrecht auszuüben. Es ist bereits zu Crome ausgeführt, daß dieser Beweisführung, soweit sie sich auf eine unbedingte Verneinung des absoluten Elements aus den §§ 571 ff. BGB. stützt, zugestimmt werden kann. Zum mindesten äußerst unpraktisch und bedenklich erscheint aber die Ansicht Eccius'[42], daß bei Eingriffen unberechtigter Dritter, die ohne Zusammenhang mit dem Vermieter erfolgten, der Mieter auf Grund einer Anspruchsabtretungspflicht des Vermieters genügend geschützt sei[43]. Daß ein Schutzbedürfnis vorliegt, gibt Eccius selbst zu, doch scheint der Weg, dieses zu befriedigen, nicht empfehlenswert. Denn man bedenke, daß gerade die heutige Wohnungsknappheit schnellste Befriedigung dieses Bedürfnisses fordert, daß aber eine Klage gegen den Vermieter aus dem schuldrechtlichen Vertrage sicherlich mit Zeitverlust verbunden und ein äußerst beschwerlicher Weg ist. Mit einer solchen Klage ist also dem Mieter nicht geholfen.

2. Die Miete in einer Mittelstellung zwischen obligatorischer und dinglicher Rechtsnatur.

Vermittelnd zwischen den beiden Gruppen, der einen, die die rein obligatorische Natur der Miete zu beweisen sucht, und der anderen, die die Dinglichkeit der Miete glaubt feststellen zu können, bewegt sich eine Anzahl Schriftsteller, die neben den offenkundig rein obligatorischen Bestandteilen der Miete dennoch eine größere Gebundenheit und eine über das eigentliche Wesen der Schuldverhältnisse hinausgehende Natur sehen wollen. Ihr Bestreben geht dahin, sich von der Auffassung der reinen Duldungspflicht zu lösen und dem Mieter auch ein „Können" zuzubilligen.

So hält Heck[44] die Miete für ein mit dinglichen Wirkungen[45] gemischtes obligatorisches Rechtsinstitut, will jedoch grundsätzlich der obligatorischen Natur der Miete den Vorzug geben.

---

[42] Eccius, a.a.O., S. 574.
[43] Ähnlich Raape, JherJ. Bd. 74/240—243.
[44] Heck, Schuldrecht, S. 313/14.
[45] Auch er bezieht sich auf § 571 BGB.

In ähnlicher Weise betont Mitteis[46] die gemischte Natur der Miete, in der auch nach seiner Ansicht die obligatorischen, persönlichen Elemente überwiegen, wobei er insbesondere auf den Mietzinsanspruch und die Haftung des Vermieters hinweit. Daneben sei aber auch noch das dingliche Element, soweit es sich um Gebrauch und Besitz des Mietgegenstandes handle, vertreten. Mitteis gelangt dann weiter dazu, gegenüber Dritten unberechtigten Störern eine petitorische Klage zu gewähren, wohl mehr aus dem Gedanken heraus, daß dem Mieter dieser Schutz gegeben werden müsse, als weil er selbst von der Beweiskraft seiner Ausführungen überzeugt ist[47].

In anderer Weise tritt Raape[48] für die Mittelstellung der Miete zwischen obligatorischer und dinglicher Rechtsnatur ein.

Er geht davon aus, daß der rein obligatorische Mietvertrag und die Gebrauchs- und Besitzüberlassung voneinander vollkommen zu trennen seien, da völlig verschiedene Rechtsakte vorlägen[49]. Die Gebrauchs- und Besitzüberlassung beruhe auf einer Erlaubnis, die als Verfügung anzusehen sei. Diese Erlaubnis bewirke den Wegfall des Verbietungsrechts des Berechtigten je nach Umständen durch Verzicht[49] oder Stundung des dem Eingriff entgegenstehenden Anspruchs auf den Unterlassungs- oder Herausgabeanspruch. Diese Erlaubnis stellt nach Raape zugleich die Erlaubnis, weiter zu besitzen, aber auch den Besitz erst zu ergreifen, dar. Sie verschafft dem Erlaubnisnehmer das Besitzrecht[51] oder, sollte der Erlaubnisempfänger noch nicht im Besitze der Sache sein, das Inbesitznahmerecht. Erwirbt nun jemand diese Rechte, so geht damit Hand in Hand eine Beeinträchtigung der petitorischen Befugnisse des Eigentümers.

Es scheint sich demnach bei Raape, der sich ausdrücklich von den Verfechtern der Dinglichkeit entfernt und betont, daß die Miete in keinem Falle ein dingliches Recht sei[52], doch in

---

[46] Mitteis, Zwei Fragen aus dem bürgerl. Recht. S. 20 ff.
[47] s. dazu Mitteis, S. 72 „resigniert".
[48] Iher. Jahrb. 71/97 ff.
[49] Raape, a.a.O., S. 103.
[50] a.a.O., S. 184.
[51] a.a.O., S. 256, 257.
[52] Raape, a.a.O., S. 103.

erster Linie um ein Recht relativer Natur zu handeln. Daran ändert auch nichts, wenn er am Schlusse derselben Abhandlung erklärt, daß auch eine reine Verpflichtung nicht vorliegen könne. Diese rufe nur ein Recht auf fremdes Verhalten hervor, während in der Miete gerade ein Recht auf eigenes Verhalten liege, das nur durch eine Verfügung zu erklären sei. In der Überlassung der Sache sei somit mehr zu sehen, als ein Versprechen allein.

Raape's Konstruktion der Rechtsnatur der Miete beruht offenbar lediglich auf seiner Auffassung, daß in der Gebrauchs- und Besitzüberlassung eine Verfügung liege. Gegen diese Auffassung hat sich aber sowohl Literatur wie Praxis in den verschiedensten Begründungen mit Recht gewandt. Ein näheres Eingehen auf diese Frage würde hier zu weit führen, festzustellen ist lediglich, daß Raape in dieser Hinsicht in seiner Beweisführung nicht gefolgt werden kann[53].

Abschließend ist zu Raapes offenbar vermittelnd gemeinten Ausführungen noch zu sagen, daß seine Gegenüberstellung von: nur Anspruchsrecht und Recht zu eigenem Verhalten bezüglich des Unterlassungsanspruchs des Mieters gegenüber dem Vermieter für die vorliegende Untersuchung ohne Bedeutung ist, da die Wirkung eines solchen über rein schuldrechtliche nicht hinausgehen[54].

Sämtliche vorher angeführten Schriftsteller, die sich für die obligatorische Natur der Miete einsetzten, haben folgendes gemeinsam: Einmal gewähren sie als Schutz dem Mieter gegenüber seinem Vermieter oder auch dem Dritten lediglich eine possessorische Besitzstörungsklage, falls der Besitz ergriffen war, und zum zweiten halten sie es für ausreichend, daß der Mieter bei Eingriffen unberechtigter Dritter dadurch geschützt wird, das auf Grund des obligatorischen Mietvertrages der Vermieter verpflichtet ist, seine Ansprüche dem Mieter abzutreten, oder sonstwie den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache für den Mieter wieder herzustellen. Es ist bereits auf S. 11 darauf hingewiesen worden, ein wie zweifelhafter Schutz des Mieters hiermit erreicht wird.

---

53 Hier ist in erster Linie auf die vom RG., Bd. 70, S. 395 ff. und 106, S. 111 ff. getroffenen Feststellungen zu verweisen, wie auch bes. auf die eingehende Behandlung dieser Frage durch Loening a.a.O., S. 64, 65, sowie Krückmann, in RGprax. 3, 1929, S. 24 ff.

54 s. dazu Oertmann, Allgemeine Schuldverhältnisse, § 241, Anm. 2 d, S. 21.

Die Wissenschaft ist jedoch weitergegangen. Aus dem Gesichtspunkte heraus, daß ein ebensolcher Schutz, wie ihn die Vertreter der rein obligatorischen Natur der Miete gewähren, nicht genüge, und daß auch ein solcher dem inneren Willen des Gesetzes nicht entsprechen könne, haben besonders in neuerer Zeit eine Reihe von Schriftstellern dadurch, daß sie vorhandene gesetzliche Regelungen mit neueren Rechtserkenntnissen aus Literatur und Praxis in Einklang zu bringen suchten, die Rechtsnatur der Miete und ihre tatsächlich sich äußernden Wirkungen neu zu bestimmen unternommen.

3. Die Miete als dingliches Recht mit absolutem Element.

Aus dieser Erkenntnis heraus sind die ersten Versuche von Cosack[1] und Fuchs[2] geboren, die einen absoluten Schutz des Mieters nachzuweisen versuchten.

Beide beschränken sich auf eine Feststellung der Dinglichkeit, die in den §§ 571 ff. ihren Ausdruck finden und unter gewissen Voraussetzungen den Mieter eines Grundstücks mit einem dinglichen Recht an der Mietsache ausrüste, wenngleich an und für sich die den Verpflichtungen des Vermieters gegenüberstehenden Rechte des Mieters nur persönliche Forderungsrechte seien.

Mit Recht gehen Cosack und Fuchs davon aus, daß die Miete kein Recht „am Grundstück sei", sie bejahen aber trotzdem die Dinglichkeitsnatur, da der Mieter ein Recht auf Unterlassung der Störung beim vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache besitze, das gegen jeden unberechtigten Dritten wirksam sei. Zwar, sagt Cosack, ist ein solcher Anspruch gegen einen Nichtberechtigten im Gesetz nicht vorgesehen, sondern lediglich ein Schutz des Mieters gemäß § 571 ff. BGB. gegen den berechtigten Ersteher. Doch meint er folgern zu können, wenn ein solcher Schutz sogar gegen einen Berechtigten gegeben sei, daß dann doch noch viel sicherer ein Schutz gegen Unberechtigte bestehen müsse. Diese Folgerung entspreche auch sicherlich dem Willen des Gesetzgebers. Daraus also, daß dem Mieter ein Schutz des Gesetzes gegen einen

[1] Cosack, a.a.O., Bd. 11, § 385 8, S. 478 ff.
[2] Fuchs, GruchBeitr. 46/560 ff., S. 840 ff.

Berechtigten geworden sei, schließt er, daß erst recht vom Gesetz ein Schutz gegen irgendeinen, d. h. jeden Unberechtigten, gegeben sei. Gebe es aber aus diesem Umkehrschluß zu § 571 ff. BGB. diesen Schutz, so sei mit dieser Bestimmung auch die dingliche Wirksamkeit des Mietrechts gegen jedermann grundsätzlich festgestellt.

In erster Linie auf dieses Beweisstück gestützt, hat sich Cosack zur Bejahung der Dinglichkeit mit absolutem Klageschutz des Mieters gegen jeden Drittbesitzer entschlossen.

Doch, so erwünscht diese Lösung wäre, und so gefällig die Begründung Cosacks äußerlich anmutet, so ist sie trotzdem in ihrem Umkehrschluß von den Bestimmungen der §§ 571 ff. BGB. auf das gesamte Mietrecht und auf die dem Gesetzgeber unterlegte Absicht nicht als endgültige Lösung zu bezeichnen. Der Schluß Cosacks ist ein Trugschluß, denn er geht offenbar davon aus, daß in den §§ 571 ff. BGB. schon ein absolutes Moment liege, und will dieses Moment dann ebenso auf Grund dieses Umkehrschlusses, zu dem er eine Rechtfertigung für die Möglichkeit seiner Anwendung nicht einmal gibt, im gesamten Mietrecht feststellen können. Es ist jedoch mit der herrschenden Lehre, wie schon gezeigt, festzustellen, daß gerade die Beziehungen aus § 571 ff. relativer Natur oder im besten Falle subjektiv dinglicher Natur sind, ihr Inhalt aber dem wahren Wesen eines dinglichen Rechts nicht entspricht. Es fehlt die Drittwirkung gegen jedermann, wobei jedoch nicht verkannt werden soll, daß in den §§ 571 ff. eine stärkere Gebundenheit als bei sonstigen Schuldverhältnissen zu erblicken ist. Noch ein weiteres Bedenken besteht gegen Cosacks Ausführungen. Durch ihn werden lediglich Mieter geschützt, die sich im Besitz der Mietsache zur Zeit des erforderten Störungsschutzes befanden, da § 571 BGB., auf den er sich als Unterlage beruft, nur im Besitz befindliche Mieter erfassen will. Nicht gelöst ist hiermit die Frage, welchen Schutz solche Mieter genießen sollen, deren Besitz zur Störungszeit verlorengegangen oder noch nicht einmal erlangt war.

Daß schon allein Cosacks Umkehrschluß erhebliche Bedenken erregt hat, zeigt die Tatsache, daß vielfach in der Literatur[3] die Regelung der §§ 571 ff. als reine Sonderregelung

[3] Mittelstein, S. 689 ff. Loening, a.a.O., S. 150; Staudinger zu § 571.

betrachtet wird, für die ein Analogieschluß nicht angebracht und auch nicht möglich ist.

Weiter aber ist die Beweisführung Cosacks, daß die Miete schon deshalb ein dingliches Recht sei, weil dem Mieter eine petitorische Klage, also absoluter Klageschutz, gegeben sei, insofern irreführend, als das Vorhandensein einer solchen allein nicht ohne weiteres zur Feststellung der Dinglichkeit ausreicht und ebensowenig nötig ist[4]. Vielmehr ist die petitorische Klage lediglich eine der nach außen hervortretenden Formen des absoluten Wesens eines Rechts, nicht aber ihr allein wesensgebendes Element.

Endlich glaubt Cosack, nachdem er in seinen älteren Auflagen die Dinglichkeitsforderung nur auf Grund seines bekannten Umkehrschlusses stellte, in seinen neueren Auflagen seine Ausführungen durch § 31 II des MietSchutzGes. neu stützen zu können. Es ist zwar Cosack zuzugeben, daß hier ein Rechtsschutz des Mieters gegen jedermann in Form einer petitorischen Klage gewährt wird[5]. Doch ist im Zusammenhang mit der schon vorher (S. 15) abgelehnten Auffassung Cosacks festzustellen, daß auf dem von ihm eingeschlagenen Wege der § 31 II M.Sch.G. für die Dinglichkeitsnatur im Ganzen keinen Beweis liefern kann. Eine nähere einleuchtende Erklärung seiner Behauptungen läßt Cosack zudem fehlen. Dazu läßt Cosack seiner schon früher besprochenen Lehre die Bestimmung des § 31 II M.Sch.G. nur in unterstützendem Sinne hinzutreten[6], und zwar in der Art, daß diese Klage, so wie er sie schon ausgeführt habe, schon vorher dagewesen sei, aber ihr Vorhandensein durch § 31 II M.Sch.G. lediglich bestätigt sei. Das unterliegt jedoch sogar im Sinne der Ausführungen Cosacks erheblichen Bedenken, denn es ist nicht ersichtlich, warum diese Bestimmung gerade eine Bestätigung seiner Ansicht sein soll; mit demselben Rechte wäre auch aus der Neugewährung der Klage zu schließen, daß sie vorher nicht bestanden habe.

Zu dem von Cosack eingenommenen Standpunkte bekennt sich im wesentlichen auch Fuchs, indem er gegen den unbefugten Dritten eine petitorische Klagebefugnis gewähren

---

[4] s. dazu Loening, a.a.O., S. 162.
[5] Ebel-Lilienthal, 4. Aufl., Berlin, zu § 31 II, S. 227.
[6] Cosack, 7/8. Aufl., a.a.O., § 105 II, 1, S. 393.

will. Auch er sieht in der Absolutheit des Klageschutzes das Dinglichkeitskriterium[7]. Ihm ist bezüglich des Umkehrschlusses mit dem Ergebnis der Dinglichkeitsnatur im Ganzen dasselbe entgegenzuhalten wie Cosack.

Zusammenfassend ist nach dem Vorhergegangenen demnach festzustellen, daß durch die von Cosack und Fuchs gemachten Ausführungen ein Nachweis der Dinglichkeit der Miete nicht geglückt ist.

Auf einem anderen Wege kommt zu der Bejahung absoluter Wirkungen der Miete in Form einer petitorischen Klage Raape[8], wenn er auch noch zögert, die Dinglichkeit der Miete, allerdings nur in seinem Sinne vom absoluten Schutz[9], zu bejahen, da er das Bedürfnis für eine solche Neuerung nicht für groß genug hält. Ihm ist zunächst insoweit Recht zu geben, als er jetzt offenbar zuzugeben scheint, daß der absolute Klageschutz allein nicht die Dinglichkeit bewirken würde, doch ist seine Begründung der absoluten Klage keineswegs ausreichend und als genügende Lösung zu bezeichnen.

Den Nachweis dieser petitorischen Klage versucht Raape in erster Linie auf § 823 I BGB. zu stützen. Es ist ihm mit der herrschenden Lehre zuzustimmen, daß der Besitz (des Mieters) als „sonstiges Recht" unter die durch § 823 I geschützten absoluten Rechte zu rechnen ist. Nach dieser Bestimmung ist der Besitz des Mieters „im Sinne des § 823 BGB. I den dort geschützten Rechten beizuzählen, also als absolutes Recht anzusehen, das absoluten Schutz genießt"[10]. Raape selbst weist einschränkend darauf hin, daß, wenn sich auch ein solcher petitorischer Schutz auf § 823 I stützen lasse, er doch im Regelfalle wegen Bedürfnismangels[11] zu verneinen sei, da ja ein genügender Besitzschutz bestehe. Seinen Ausführungen ist entgegenzuhalten, daß gerade erst durch das Zusammenkommen von Besitz und Miete sich eine Berufung auf § 823 I BGB. rechtfertigt, da § 823 nun einmal vollzogenen Besitzergreifung fordert. Hieraus ist aber noch nicht zu schließen, daß jetzt der Satz feststände: Ein Mietrecht mit absolutem

7 Fuchs, Grundbegriffe d. Sachenr., S. 59 ff.
8 Iher.J. 74/237 ff. In dieser neueren Abhandlung will Raape sich scheinbar nicht mehr auf seine vermittelnde Ansicht beschränken und bejaht jetzt absolute Wirkungen.
9 Raape, a.a.O., S. 244.
10 RG. 105/218; RG. 59/328 und die ständige Rechtsprechung.
11 s. dazu RG. 59/327; Recht 1907, S. 1251, u. a. m.

Inhalt ist Gegenstand eines Schutzes aus § 823 I. Weiter ist zu bemerken, daß auch hier wieder der absolute Schutz des Mieters fehlt, falls der Besitz verloren gegangen oder noch nicht ergriffen ist. Sodann ist ein gewichtiges Bedenken gegen den von Raape ausgeführten petitorischen Herausgabeanspruch das, daß § 823 I ein Verschulden zum notwendigen Inhalt hat und nur bei Vorliegen eines solchen die von Raape behaupteten Rechtsfolgen zeitigen kann[12]. Schließlich zwingt schon aus dem Grunde der Schluß Raapes nicht, weil ja der Besitzer den Schutz aus § 823 I BGB. auch ohne Miete genießt, dieser Schutz also keine Besonderheit der Miete darstellt.

Entschieden widersprochen werden muß aber Raapes Behauptung, und das ist im Sinne dieser Arbeit vor allen Dingen in den Vordergrund zu stellen, daß nämlich diese absoluten Schutzbefugnisse des besitzenden Mieters aus dem Wesen des verliehenen Rechts zu rechtfertigen seien. Denn das hat Raape offenbar mit seinen Ausführungen an dieser Stelle gemeint. Es ist zwar zuzugeben, daß die eigentliche Rechtsnatur der Miete als rein obligatorisches Verhältnis auch dann erhalten bleibt, wenn man einzelne absolute Wirkungen, sei es in Gestalt eines absoluten Schutzes oder auch sonstwie, anerkennt, daß aber diese absolute Schutzbefugnis aus einer Übertragung des Rechts selbst herrühre, ist als irrig zu bezeichnen. Vielmehr liegt dieser Befugnis der Vorgang zu Grunde, daß dem Mieter die Möglichkeit einer Ausübung für das Eigentum verliehen wird, die ihm dieselben absoluten Befugnisse und dasselbe Auftreten wie dem Eigentümer selbst sichert, kurz gesagt: die Ermächtigung zur Ausübung, die ebenso wie das Hauptrecht absolut sein muß[13].

Eine völlig andere Auffassung von der dinglichen Natur hat Löning[14]. Bezeichnend für seine Beweisführung sind seine Worte Seite 163, daß trotz des Mangels einer petitorischen Klage, die er im Gegensatz zu Cosack verneint, es sich gerade darum handele, „das Vorhandensein absoluter Wirkungen in der Miete nachzuweisen". Mit diesem Ausspruch nähert sich

[12] In ähnlicher Weise auch Kühne, a.a.O., S. 17; s. dazu auch Loening, a.a.O., S. 153 ff.
[13] Hierzu Krückmann in RGPrax. 3/1929, S. 84 ff.
[14] Loening, Die Grundstücksmiete als dingliches Recht, S. 1 ff.

Loening am meisten von allen Schriftstellern, die sich mit der Rechtsnatur der Miete beschäftigt haben, meinem später zu erörternden Lösungsversuch.

Unbedingt zuzustimmen ist zunächst der Meinung Loenings, daß[15] bei dem Versuch eines Nachweises nur absoluter Wirkungen völlig außer Acht zu lassen sind die Vorschriften des reinen Besitzrechts, die zwar auch stärkere Wirkungen zugunsten des Mieters im Gefolge haben können, aber erst nach Erfüllung des Mietvertrages und nicht auf Grund des Mietrechts sondern der reinen Besitzvorschriften.

Im weiteren geht Loening dann auf die einzelnen von ihm gefundenen Fälle des Auftretens absoluter Wirkungen in der Miete ein. Von solchen Wirkungen glaubt er eine ganze Reihe festgestellt zu haben in den Normen der Miete selbst, wie in den §§ 571 ff. und 541, 538 II BGB., weiter an anderen Stellen des Gesetzbuchs, im § 823 I und endlich auf dem Gebiete des modernen Mietrechts in den §§ 1, S. 2, 31 II M.Sch.G. Er wendet sich jedoch mit Nachdruck gegen eine „weitere Vermehrung mittels ausdehnender Interpretation"[16] der von ihm gefundenen absoluten Wirkungen des Mietrechts.

Die erste Erscheinungsform eines absoluten Elements[17] sieht Loening in § 541 in Verbindung mit § 538 II BGB., weil auf Grund dieser Bestimmungen die Miete eine gleichmäßige gegen eine unbegrenzte Zahl von Personen gerichtete Wirkung besitze[18].

Im § 538 II BGB. heißt es: „Im Falle des Verzuges des Vermieters kann der Mieter den Mangel selbst beseitigen . . ." Es handelt sich hier zunächst noch um einen reinen Sachmangel, doch findet nach § 541 BGB., der einen Rechtsmangel behandelt, die Vorschrift des § 538 II entsprechende Anwendung auch dann, wenn durch das Recht eines Dritten, dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil entzogen wird. In diesen Vorschriften ist also ein selbständiges Beseitigungsrecht des Mieters gegeben. Loening selbst[19] weigert sich, etwa eine allgemeine Beseitigungs- oder Unterlassungsklage aus diesen Vor-

[15] Loening, a.a.O., S. 149 ff.
[16] Loening, a.a.O., S. 150.
[17] a.a.O., S. 150.
[18] Loening, a.a.O., S. 150.
[19] Loening, a.a.O., S. 152.

schriften herzuleiten, indem er mit Recht darauf hinweist, daß eine solche Klage auf keinen Fall einmal gegen einen Dritten, der aus einem Sachenrecht berechtigt ist, geltend gemacht werden könne. Vielmehr ist seine Auffassung von den Rechtsinhalten dieser Vorschriften die, daß sie den Besitzschutz ergänzen und erweitern, und zwar in Beziehung auf § 859 III, der bestimmt, daß der Mieter eines Grundstücks sich sofort nach Entziehung des Besitzes sich desselben wieder bemächtigen darf. Die §§ 538 II, 541 BGB. geben aber dem Mieter nach seiner Ansicht ein viel weitergehendes Recht, indem sie, falls die Entziehung des Besitzes infolge eines dem Dritten zustehenden Rechts vorgenommen wurde, jetzt kraft des ausdrücklichen gesetzlichen Selbstbeseitigungsrechts im Gegensatz zu § 859 III auch noch später ein direktes Vorgehen gegen den Dritten gestatten. Da eine solche Vorschrift wie § 541, 538 II nur dem Mieter gegeben sei, bedeuteten diese eine „besondere Stärkung" der Rechtsstellung des Mieters und bewiesen die deutlichere Betonung des absoluten Elements in der Miete.

Mit dieser Annahme eines selbständigen Verfolgungsrechts, das ein absolutes Element enthält, steht Loening völlig allein. Im Gegensatz zu ihm ist in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre[20] festzustellen, daß es sich bei den oben angeführten Bestimmungen lediglich um die Festsetzung einer schuldrechtlichen Ersatzpflicht, gleichgültig, in welcher Form, handelt. Es ist Loening nur zuzugeben, daß es sich bei dem Beseitigungsrecht des Mieters nicht um Beseitigung des Rechts des Dritten, sondern nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes um Beseitigung des Mangels handelt, jedoch ist andererseits gerade der Mangel wieder der, daß das Recht eines Dritten besteht. § 538 II spricht von dem Recht, ein Hindernis selbst zu beseitigen. Dieses Hindernis müßte hier in dem Schutz gegen die Ausübung des Rechts bestehen. Da aber § 538 II nur für Sachmängel gedacht ist, bei denen der Mieter das Hindernis selbst beseitigen und Ersatz der entsprechenden Aufwendungen als eine Art Schadensersatz vom Vermieter verlangen kann, ist nicht zu ersehen, — und von Loening auch

---

[20] Planck 1923 zu § 538 II; Crome, a.a.O., S. 45; Mittelstein, a.a.O., S. 304; dasselbe Staudinger, RGRKomm. zu § 541 2b; Oertmann zu § 541 b, D. 757.

nicht näher begründet — warum bei der entsprechenden Anwendung des § 538 II in § 541 das Selbstbeseitigungsrecht plötzlich einen anderen Rechtsinhalt, nämlich den des von Löning gewollten absoluten Elements, auf Grund der Vertreibungsbefugnis gegen den Dritten erhalten soll[21]. Hiernach ist also Loenings Ausführung mit der herrschenden Lehre nicht zuzustimmen.

Ein weiteres absolutes in der Miete enthaltenes Element glaubt Loening außerhalb der mietrechtlichen Vorschriften in § 823 I nachweisen zu können. Er geht dabei, um gerade die der Miete eigenen Wirkungen herauszustellen, von der Annahme aus, daß nicht auch der reine Besitz unter die sonstigen Rechte des § 823 I fällt, sondern lediglich der Besitz des Mieters.

Er selbst[22] gibt zu, einen neuen Gedankengang für den Fall, daß auch der bloße Besitzschutz unter § 823 I fiele, nicht führen zu können, bemerkt aber gleichzeitig, daß die Rechtslehre sich neuerdings überwiegend dahin gewandt habe, auch den bloßen Besitz unter die sonsdtigen Rechte des § 823 I zu zählen, wie es in der Tat auch der Fall ist[23]. Mit dem Hinweis hierauf ist schon klar, daß in solcher Hinsicht ein gerade der Miete eigenes absolutes Element nicht gesehen werden kann.

Bevor Loening in die eigentliche Behandlung des dritten Versuches, ein absolutes Element in der Miete festzustellen, eintritt, verwirft er zunächst sämtliche bisher aufgestellten Ansichten, die sich mit der Rechtsnatur der §§ 571 ff. befassen, ob diese Bestimmungen als rein schuldrechtliche betrachtet wurden oder ob sie als Grundlage eines petitorischen Klagerechts angesehen wurden, und stellt dann seinerseits[24] fest, daß eine völlig konstruktive Ausdeutung dieser Bestimmungen an der Kargheit des Gesetzes selbst scheitern müsse. Immerhin kommt er aber doch zu der Ansicht, daß die Widerstandsfähigkeit des Mietrechts in den §§ 571 ff. BGB. Ausdruck der Absolutheit sei. Denn „die §§ 571 ff. sollen schon unmittelbar bewirken, daß sich das Mietrecht gleichmäßig gegen eine unbestimmte Anzahl von Personen bewährt, näm-

[21] s. Anm. 20.
[22] Loening, a.a.O., S. 154.
[23] s. Anm. 11, S. 33.
[24] Löning, a.a.O., S. 167.

lich gegen jeden, der das Grundstück erwirbt. Das ist aber schon an sich eine absolute Wirkung"[25]. (Absolutheit ist nach Loening Kennzeichen der Dinglichkeit). Da nämlich das Gesetz nichts weiter über die rechtsbildende Kraft der Besitzeinräumung sage, als daß das Mietrecht in §§ 571 ff. erst durch die Überlassung seine Widerstandsfähigkeit nach außen kundtut so sei damit noch nicht festgestellt, ob nicht trotzdem schon vor Besitzerwerb die Miete diese Widerstandsfähigkeit besitze[26]. Das zeige besonders das moderne Mietrecht in den §§ 31 II, 1, S. 2 M.Sch.G., das zum Hervortreten absoluter Wirkungen, so wie sie dem § 571 innewohnen, nicht mehr den vorherigen Besitzerwerb für notwendig halte. Hiermit aber sei bewiesen, daß die absoluten Kräfte in §§ 571 ff. nur stillgelegt seien und erst durch den Besitzerwerb frei würden. Daß sie sich schon vorher äußerten, sei dazu nicht unbedingt nötig[27].

Es ist Loening zunächst, um das vorwegzunehmen, nicht zuzugeben, daß sich in den §§ 571 ff. schon darin absolute Wirkungen zeigen, daß sich das Mietrecht in diesen Bestimmungen gegen eine unbestimmte und unbegrenzte Anzahl von Personeu (d. h. jedermann) durchsetzt. Wie schon zu den Ausführungen Cromes dargelegt[28], setzt sich der Inhalt des § 571 doch lediglich durch gegen bestimmte Personen, die das vermietete Grundstück erwerben. Diese Anzahl von Personen ist aber leicht bestimmbar, sie werden beim Eigentumserwerb sogleich offenbar, die Wirkung ist dann auf sie beschränkt[29]. Sie richtet sich alsodann nicht gegen jedermann, sondern immer nur gegen den oder die einzelnen Erwerber. Aus diesem Grunde können daher diese Wirkungen auch nicht als absolut, d. h. gegen jedermann wirkend, bezeichnet werden, sondern erklären sich einfach als subjektiv dingliche Pflichten.

Bezüglich der weiteren Ausführungen Loenings, die den Besitzerwerb betreffen, ist festzustellen, daß die §§ 571 ff., um ihre Wirkungen auslösen zu können, nach positiver Gesetzesbestimmung einen vollzogenen Besitzerwerb voraussetzen.

---

[25] a.a.O., S. 163.
[26] Loening, a.a.O., S. 168.
[27] a.a.O., S. 168.
[28] S. 9 f.
[29] s. dazu die zu Crome behandelte Literatur.

Wenn sich Loening zur Unterstreichung seiner Auffassung auf das moderne Mietrecht beruft, so ist damit noch nicht bewiesen, daß diese Bestimmungen auch außerhalb des reinen Wohnungsnotrechtes Geltung besitzen, besonders unter Berücksichtigung der Tatsache, daß naturnotwendig das Anwendungsgebiet des MSchG. immer kleiner wird, also wesentlich an Beweiskraft für Loenings Ausführungen in dem von ihm gewollten Sinne verliert. Doch soll hierauf noch an anderer Stelle eingegangen werden.

Das „Prinzip der absoluten Wirksamkeit des Mietrechtes“[30] will Loening in dem Inhalt des § 577 II sehen. In ihm sei die reine Verwirklichung des Gebrauchsinteresses positiv ausgesprochen, da sie die Wahrung des ungestörten Mietegebrauchs bezwecke. Es sei daher hier eine weitere Einzelform absoluter Wirkungen in der Miete festzustellen.

Mit dieser Beurteilung des Inhalts des § 577 II steht Loening, soweit mir bekannt, allein, und er setzt sich damit in offenen Widerspruch zur allgemein herrschenden Lehre. Schon allein der Ausdruck des Gesetzes: „Verpflichtet die Ausübung zu unterlassen“, legt ebenso wie zu § 571 selbst den Gedanken nahe, daß es sich hier um eine rein schuldrechtlich-relative Beziehung handelt, nicht aber um eine absolute Wirkung. Hier befindet man sich auf demselben Wege wie die herrschende Lehre, die übereinstimmend nur schuldrechtliche Beziehungen annimmt. Sei es, daß ein teilweiser Schuldübergang, ein persönlicher Anspruch des Mieters oder Ähnliches darin gesehen wird, jedenfalls ist eine weitere Auseinandersetzung über diese Frage nicht am Platze. Wichtig ist nur, daß die schuldrechtliche Natur allgemein anerkannt wird[31]. In der Tat ist nicht zu ersehen, warum an der klaren Fassung des Gesetzes, die auf ein Schuldverhältnis hinweist, gezweifelt werden soll; im übrigen ist auch dazu auf die zu § 571 bei Loening gemachten Ausführungen über die schuldrechtliche Natur dieser Vorschriften hinzuweisen. Ein weiteres Bedenken gegen Loenings Ausführungen an dieser Stelle ergibt sich auch wiederum daraus, daß die von ihm bezeichneten Wirkungen, die Loening als absolut bezeichnet, wegen der Begrenztheit des betroffenen Personenkreises und der fehlen-

---

[30] S. 182.

[31] Oertmann, Schuldverhältnisse zu § 577 II, Anm. 2; Planck zu § 577,

den Wirkung gegen jedermann nicht als absolut bezeichnet zu werden verdienen.

Schließlich beruft sich Loening noch auf § 1, S. 2, MSchG., der die absolute Wirkung des § 571 „in reinerer Form"[32] zum Ausdruck bringe, und zwar insofern, als hier der Mieter schon vor Besitzüberlassung geschützt sei, das absolute Moment also nicht mehr durch den noch nicht vollzogenen Besitzerwerb gebunden sei, sondern sogleich offen zutage trete.

Es ist allerdings unbestritten, daß das Anwendungsgebiet des § 1, S. 2 auch den Schutz des Mieters schon vor Besitzüberlassung umfaßt[33]. Damit ist aber noch nicht bewiesen, daß jetzt ein absolutes Element in dem von Löning beschriebenen Sinne erscheint. Loening will selbst eine Anlehnung von § 1, S. 2 an § 571, wenn auch lediglich aus praktischen Gründen, nicht aber will er völlig gleiche Behandlung der beiden Bestimmungen. Da aber das Gesetz im § 1, S. 2 keinerlei nähere Angaben über die Art des rechtlichen Vorganges macht, bleibt seiner Ausdeutung Tür und Tor offen. Ebel[34] führt aus, daß § 1, S. 2 nur eine Erweiterung des § 571 BGB. darstellt. Sollte das wirklich der Fall sein, so deutet das doch darauf hin, daß § 1 II in derselben Art zu behandeln ist wie § 571. Zweifelhaft bleibt jedoch auf jeden Fall, wie § 1, S. 2 zu behandeln ist. Und wenn noch dazu der Inhalt dieser Bestimmung ganz offenbar dem des § 571 BGB. ähnlich ist, nur mit dem Unterschied, das ihm das schmückende Beiwerk des § 571 BGB. fehlt, so liegt doch der Gedanke sehr nahe, daß der Gesetzgeber rechtliche Gleichbehandlung mit § 571 gewollt hat[35]. Das bedeutet aber, daß auch hierin die von Löning nachzuweisen versuchten absoluten Elemente in der von Löning gewollten Form nicht zu finden sind. Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, daß eine solche Verweisung auf im M.Sch.G. enthaltene absolute Wirkungen zu einem bleibenden Schutz des Mieters, wie ihn Loening verlangt, sicherlich

---

Anm. 3 b; Mittelstein § 101, Ziff. 5 und die dort Zitierten. Staudinger zu § 577 II, 2; Crome, a.a.O., S. 48; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 433 u. a. m.

[32] Löning, a.a.O., S. 259.

[33] Ebel-Lilienthal, § 1, Anm. 4, S. 46 und die dort zitierte Literatur.

[34] Ebel wie oben, S. 46.

[35] S. Ruth, Mietrecht 1926, S. 306, der eine petitorische Klage befürwortet, die nicht denkbar sei, ohne daß eine völlig gleiche Behandlung beider Bestimmungen angenommen werden müsse.

von praktisch geringem Wert sind, da, wie schon ausgeführt, das M.Sch.G. als wohnungsnotrechtliches Gesetz mehr und mehr an Bedeutung verliert.

Die letzte Belegstelle für das absolute Element in der Miete sieht Loening in der Form des § 31 II des MSchG.[36] Der Absatz I dieses Paragraphen, auf den sich Abs. II bezieht, bestimmt, daß keinerlei Rechte aus einem solchen Mietvertrage geltend gemacht werden können, der nach Anordnung der Gemeinde oder einer Behörde anzuzeigen oder zur Genehmigung mitzuteilen ist, jedoch nicht angezeigt oder genehmigt worden ist.

Der Absatz II lautet weiter wörtlich:

> „Ist die Anzeige erstattet oder die Genehmigung erteilt, so kann der Mieter die Herausgabe des Mietraums von demjenigen verlangen, der den Raum ohne Abschluß eines Vertrages oder auf Grund eines nichtangezeigten oder nicht genehmigten Mietvertrages inne hat".

Dieser Herausgabeanspruch stellt, darin bin ich mit Loening völlig einig, einen petitorischen Schutz des Mieters, eine absolute Klagebefugnis, dar[37], die unbedingt als dingliches Element zu werten ist. Jedoch geht Loening in seinen weiteren Behauptungen zu weit, wenn ohne Begründung er aus dem Abs. II des § 31 heraus in vermeintlicher Übereinstimmung mit dem Gedanken des Gesetzgebers den Grundsatz aufstellen will, daß der Mieter schlechthin die Herausgabe von demjenigen soll verlangen können, der die Räume ihm gegenüber ohne Rechtsgrund besitzt[38]. Dazu bietet zunächst der § 31 II selbst keinerlei Anlaß, der Loening berechtigen würde, diesen Schluß ohne weiteres aus ihm herzuleiten. Denn er beschränkt seinen Anspruch ausdrücklich auf die angezeigten oder genehmigten Mietverträge. Einen wirklichen und ausreichenden Beweis für seine Auffassung von dem Wesen des § 31 II und für seine Ansicht, daß in diesem ein Grundsatz für die absolute Wirkung des Mietrechts schlechthin enthalten sei, ist durch Loening, auch durch seine Hinweise auf die Geschichte des Mietrechts, nicht beigebracht worden. Die wirkliche Erklärung seines inneren Gehalts, auf die noch näher

[36] Loening a.a.O., S. 265 ff.
[37] s. dazu Krückmann, LZ. 1931, S. 1172.
[38] Loening, a.a.O., S. 271.

eingegangen wird, findet diese Bestimmung allein in der in ihr enthaltenen, sogen. Ermächtigung des Mieters zur Klagebefugnis, die noch zu behandeln ist.

Einen völlig neuen Weg zum Nachweis der Dinglichkeit in der Miete hat Kühne[39] beschritten. Dieser ist am deutlichsten durch die Eingangszeilen seiner Abhandlung gekennzeichnet[40], deren Inhalt im wesentlichen folgender ist. Er behauptet, daß die Ausbildung von Belastungstypen, unter denen er eine Art dingliche Belastungsform versteht, sich noch in unmittelbarer Gegenwart, sogar im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs selbst, vollziehe, obwohl man gerade hier wegen des Dogmas von der geschlossenen Typenzahl eine positiv-rechtliche Prägung nicht hätte erwarten können. „Dies im einzelnen darzutun und gleichzeitig zur Ausbildung der noch unentwickelten Belastungstypen beizutragen, ist die Hauptaufgabe dieser Arbeit"[41].

Bei dieser Einarbeitung von Belastungstypen in das Bürgerliche Gesetzbuch unter gleichzeitiger Anerkennung der Gleichberechtigung mit den schon vorhandenen Belastungstypen richtet Kühne hinsichtlich der Miete sein Hauptaugenmerk auf die Besitzlage, um dann auf Grund dieser die Miete als gleichberechtigt den im bürgerlichen Recht in geschlossener Typenzahl aufgeführten Sachenrechten einzureihen.

Daß diese Methode von vorneherein den größten Bedenken unterliegen muß, ist bei der genauen Katalogisierung und dem Begriffssystem der Sachenrechte im Bürgerlichen Gesetzbuch offenbar, wenn auch zugegeben sein mag, daß für eine Möglichkeit solcher Einordnung in ein wissenschaftliches System eine gewisse Freiheit besteht[42].

Doch ist hier zunächst nur festzustellen, daß nach der Methodik des BGB. die Besitzlage für ein Rechtsverhältnis an einer Sache nicht schon bewirkt, daß es als „Recht an der Sache" aufzufassen sei. Eine Auseinandersetzung mit diesem Fragenkomplex im Ganzen ist jedoch nur insoweit am Platze, als die Erheblichkeit des Besitzes gerade in Bezug auf die Miete von Fall zu Fall besprochen wird.

---

[39] Kühne, ArchzivPr. Bd. 140/1 ff.
[40] Kühne, a.a.O., S. 9.
[41] Kühne, a.a.O., S. 9.
[42] Heck, Schuldrecht, S. 314.

Erwähnt werden soll aber schon hier, daß die völlig neue Besitzart, wie sie Kühne einzuführen versucht, bei der die causa des Besitzes fortfällt, sobald eine Kollision eintritt, und die alsdann gleichberechtigt neben die Sachenrechte tritt, als unhaltbar bezeichnet werden muß; einmal erklärlich aus der strengen Katalogisierung der Sachenrechte im Bürgerlichen Gesetzbuch, und weiter aus dem fehlenden Bedürfnis einer solchen Neueinführung.

Nach Kühne sind die Besitzrechte bis zur Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches sämtlich gleichmäßig geordnet gewesen und erst dann insoweit geschieden worden, als eine Reihe von Besitzrechten vom Grundbuch ausgeschlossen wurde. Kühne glaubt nun aus dieser historischen Entwicklung nicht schließen zu müssen, daß diese Ausscheidung der bloßen Besitzrechttypen aus dem Buchrechte und aus der Wertordnung am Grundstück zu der Folgerung zwinge, daß der Mieter nicht doch einen Herausgabeanspruch gegen den Drittbesitzer haben könne[43].

Hiermit erhellt auch, in welcher Form Kühne dingliche Wirkungen der Miete nachzuweisen sucht, nämlich in Form zunächst eines petitorischen Herausgabeanspruchs des Mieters gegen den jeweiligen Besitzer. Als Ergebnis seiner ganzen Ausführungen und als Folgerung solcher Ansprüche betrachtet er die notwendige Einordnung des Besitzrechts des Mieters in das Buchrecht[44]. Zum Beweise des tatsächlichen Vorhandenseins eines solchen Anspruchs stützt sich Kühne in erster Linie auf den § 556 III BGB., der eine positiv-rechtliche Anerkennung dieses Anspruchs ausspreche.

Auf Grund dieser Bestimmung ist der Vermieter berechtigt, nach Beendigung des Mietverhältnisses die Mietsache auch von einem Dritten zurückzufordern.

Den Inhalt dieser Vorschrift will Kühne dann in der Form verwenden, daß er zunächst, und dagegen ist nichts einzuwenden, feststellt: der Vermieter, der hier im Gesetz erscheint, braucht nicht auch zugleich der Eigentümer der Mietsache zu sein, er kann auch seinerseits wieder bloßer Mieter des Grundstücks sein. Wenn nun dem Mieter in seiner augenblicklichen Vermieterstellung ein Herausgabeanspruch bezüglich

[43] Kühne, a.a.O., S. 20.
[44] Kühne, a.a.O., S. 63.

der vermieteten Sache gegen den, der befugt den Besitz der Mietsache empfing, gesetzlich gegeben sei, dann müsse erst recht ein Herausgabeanspruch gegen den Besitzer der Mietsache bestehen, der unbefugt in den Besitz der Sache kam. Gehe der unmittelbare Besitz verloren, so stünden ihm zum Schutze die Besitzschutzvorschriften zur Verfügung; gehe der mittelbare Besitz verloren, so greife der Herausgabeanspruch des § 556 III BGB. ein. Dieser aber sei petitorischer Natur[45].

Von dieser speziellen Feststellung ausgehend, auf die immer wieder zurückgegriffen wird, tritt Kühne in die eigentliche Behandlung ein.

Um den Vorwürfen seiner Gegner, daß es sich in dieser Bestimmung lediglich um eine wie immer auch geartete obligatorische Beziehung handle, entgegenzutreten, will Kühne das Vorhandensein einer petitorischen Herausgabeklage gewissermaßen herleiten aus der Form des § 1007 BGB., die ebenso petitorischer Art sei, sich aber nur auf bewegliche Sachen beziehe[46]. Dieser Schutz aus § 1007 ist, wie Kühne mit Recht[47] ausführt, zu gewähren auch dem Mieter, der sich auf eine wirklich bestehende Berechtigung zum Besitz berufen kann. Kühne gelangt nun in Übereinstimmung mit Heck[48] zu folgendem Schluß: da die Klage aus § 1007 I bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen, das heißt früheren tatsächlichen Besitzes, jetzigen bösgläubigen Besitze des Erwerbers, dem ein Besitzmittler unter Zuwiderhandlung gegen seine Besitzmittlerpflichten die Sache übergibt, durchschlägt, müssen auch durch § 1007 I die obligatorischen Nutzungsrechte an beweglichen Sachen absoluten Schutz genießen[49]. Da hier bei § 1007 aber Bösgläubigkeit zur Zeit des Besitzerwerbes gefordert sei, könne es zweifelhaft sein, ob nach § 1007 auch der Herausgabeanspruch des Oberbesitzers gegen den, den ein Unterbesitzer, der zunächst befugt war, in den Besitz der Sache gesetzt hatte, anwendbar ist, sobald das Besitzmittlungsverhältnis beendigt ist. Hier nun trete § 556 III BGB. in die Lücke und gebe diesen immerhin zweifelhaften Herausgabeanspruch ausdrück-

---

[45] Kühne, a.a.O., S. 20.

[46] Staudinger-Kober zu § 1007 1926 Vorbem. vor I, er nennt sie petitorische Besitzklage.

[47] RGRKomm. § 1007, Anm. 1; Prot. III/383; Planck, zu § 1007 2 a, S. 531 und 8 b; Heck § 34, Sachenrecht und die herrschende Lehre.

[48] Heck, Sachenrecht, § 34, S. 134.

[49] Diesen weitgehenden Schluß hat bisher lediglich Heck, a.a.O. gezogen.

lich. Denn hier bekomme der Vermieter eine Rechtsstellung, die ihn gegen Dritte schütze. Dieselbe dingliche Stellung erhalte aus diesem Grunde aber auch ein Mieter, der seinerseits wieder nach außen als Vermieter auftrete, und doch die Sache nur als Mieter in Besitz bekommen hatte[50].

Wenn aber § 1007 nur bewegliche Sachen im Auge habe, so ergreife § 556 III auch unbewegliche Sachen. Das vereinheitlichende Moment der beiden Bestimmungen sei aber nicht die Beweglichkeit der Sache, sondern „die Erheblichkeit des Besitzes für das Rechtsverhältnis der Sache"[51]. Deshalb sei festzustellen, daß auch im Bodenrecht die Norm des § 1007, die einen absoluten Schutz des obligatorischen Nutzungsrechts der Miete ausspreche, gelte, d. h. also auch in bezug auf § 556 III.

Kühne hat also offenbar versucht, nachzuweisen, daß in § 556 III unter besonderer Berücksichtigung der Besitzlage eine Art Weiterbildung des § 1007 liege. Für das wirkliche Vorhandensein eines solchen inneren Zusammenhanges hat er jedoch keinen genügenden Beweis zu erbringen vermocht. Wenn auch zugegeben sein mag, daß § 1007 den Mieter in der von Kühne bezeichneten Art und Weise schützt, so ist damit noch keineswegs erwiesen, daß diese petitorische Klagebefugnis des Mieters aus § 1007 auch auf den Fall der Grundstücksmiete, wenn auch nur zur Unterbauung des Beweises der petitorischen Natur des § 556 III, zutrifft, und daß beide Ansprüche petitorisch sein müssen. Vielmehr geht § 1007 gerade von der Voraussetzung aus, daß es sich um bewegliche Sachen handelt, wodurch sein Wert für die Verwendung bezüglich unbeweglicher Mietsachen gleich Null ist. Wenn § 556 III sowohl auf bewegliche wie auch unbewegliche Sachen zu erstrecken ist, § 1007 aber nur auf bewegliche, so ist daraus noch keineswegs zu ersehen, weshalb, was bisher noch niemand behauptet hat, gerade diese Bestimmungen überhaupt ein „vereinheitlichendes Moment" besitzen sollen. Daß es nicht die Beweglichkeit der Sache, die beiden Bestimmungen allerdings gleich ist, sein kann, gibt Kühne[52] zu. Weshalb es aber gerade die Erheblichkeit des Besitzes für das Rechtsverhältnis an der Sache sein soll, ist durchaus unklar. Wenn auch § 1007

[50] d. h. hier als durch § 1007 geschützter Mieter.
[51] Kühne, a.a.O., S. 23.
[52] a.a.O., S. 22.

einen Besitz unbestreitbar voraussetzt, so ist er für § 556 entgegen Kühnes Ansicht auch hinsichtlich des mittelbaren Besitzes nicht als so ausschlaggebend anzusehen, daß dadurch zwei Bestimmungen, die nach dem Gedanken des Gesetzes zwei völlig verschiedene Tatbestände haben, und von denen der eine ausdrücklich nur bewegliche, der andere aber auch unbewegliche Sachen umfaßt, von denen der eine den Abschluß zweier Verträge voraussetzt, während der andere nur auf den Besitz sieht, als einheitlich zu betrachten sind und daher Normen des einen Tatbestandes als wesensgebend in die Rechtsnatur des anderen übernommen werden können.

Dazu bleibt noch für Kühne zu beweisen, worin gerade die vereinheitlichende Wirkung auf Grund der Besitzlage besteht.

Zunächst soll gerade bestritten werden, daß ein einigendes Moment in Kühnes Sinne überhaupt vorliegt.

Da hieraus in erster Linie Kühne seinen Nachweis der petitorischen Natur des Anspruchs aus § 556 III aufbaut, ist nach Ablehnung dieser Beweisführung auch der Nachweis als nicht geglückt zu bezeichnen.

Die Literatur betrachtet in ihrer Mehrheit den rechtlichen Inhalt des § 556 III als eine gesetzliche Erweiterung des sonst nur gegen den Mieter gerichteten vertraglichen Anspruchs auf Rückgabe der Sache, wie ihn jeder Mietvertrag zum Inhalte hat, also einen Anspruch rein obligatorischer Natur[53]. Wenn diese rechtliche Deutung hinsichtlich des § 556 III auch nicht gänzlich unbestritten geblieben ist, so ist doch festzustellen, daß jedenfalls fast ausschließlich die rein obligatorische Natur des Anspruchs anerkannt wird[54].

Eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Auffassungen erscheint im Rahmen dieser Arbeit nicht angebracht, es genügt nach dem mißglückten Versuch Kühnes die in Einklang mit der herrschenden Lehre getroffene Feststellung, daß es sich im § 556 III lediglich um eine — gleich wie geartete — Obligation handelt. Es wird aber schon an dieser

---

[53] RGRKomm. zu § 556, Abs. III, Anm. 3; Warneyer I, Anm. 3 zu § 556 III; Soergel I zu § 556 III, S. 722/23; Planck (1923) zu § 556 III, S. 842.

[54] s. Hellwig, a.a.O., S. 422, der sie „deutschrechtliche Mobiliarindikation" nennt. Diese Bezeichnung aber ist schon deshalb ungenau, weil auch unbewegliche Sachen erfaßt werden.

Stelle[55] darauf hingewiesen, daß es nicht gleichgültig ist, wie Kühne behauptet, ob man einen dinglichen Herausgabeanspruch annimmt oder eine Obligation irgend einer Art, und daß zwischen beiden kein Gegensatz besteht, da die obligatorischen Verpflichtungen eben alle Passivwirkungen des dinglichen Anspruchs umfaßten. Hier ist Kühne zunächst den Beweis dafür schuldig geblieben, daß diese obligatorische Verpflichtung aus § 556 III auch wirklich alle Passivwirkungen des dinglichen Rechts in sich schließt. Ohne einen solchen Beweis kann man aber dieser Behauptung Kühnes keinesfalls ohne weiteres zustimmen.

Im weiteren[56] führt Kühne eine Art „abgesprengter Besitztypen" an, deren Wiederaufnahme in das dingliche Recht des BGB. er mit Rücksicht auf ihre frühere Anerkennung im ALR. fordert. Er lehnt sich bei der Untersuchung dieser Frage stark an die schon von Raape[57] angestellten Erörterungen an, indem er scheidet zwischen Mietvertrag und Gebrauchsüberlassung und dann, ebenso wie Raape, zu dem Schluß kommt, daß nach erfolgter Überlassung der Mietsache sich eine zunächst noch relative Beziehung ergibt, die für den Mieter „ein Dürfen", für den Vermieter „ein Fehlen" des Herausgabe- und Unterlassungsanspruches zur Folge habe[58]. Auch Kühne sieht in der Gebrauchsüberlassung eine Verfügung[59], wenn er auch diese nicht als einziges Merkmal der Entstehung des Darfrechts ansieht. Dadurch aber, daß zu der zunächst noch relativen Beziehung des Dürfens zum Eigentümer noch die durch den vollzogenen Besitz erreichte rechtliche Stellung Dritten gegenüber komme, werde durch Zusammentreten dieser beiden Elemente eine einheitliche dingliche Belastungsform erzielt. Da nun, auch falls in der Person des Versprechensgebers, (d. h. des Vermieters aus dem obligatorischen Mietvertrag) eine Änderung eintreten sollte, diese relative Beziehung bestehen bleibt, sei sie im Laufe der Zeit zu einer dinglich wirksamen Beziehung geworden, weil sie wirksam bleibt auch gegenüber dem Neuerwerber des Eigen-

---

[55] Oertmann zu § 556 III. S. 792, 3 und die dort angeführte zustimmende Literatur.
[56] Das Nähere s. 33/34.
[57] S. 12 ff.
[58] IherJahrb. 41/114 ff.; 156 ff.
[59] Kühne, a.a.O., S. 24.

tums, falls der Mieter schon in Besitz gelangt ist. Da also gemäß § 571 BGB. der alte Eigentümer das bisherige Eigentum nur mit Fehlen des Herausgabeanspruchs übertragen könne, sei auch hier wieder Drittwirkung festzustellen, die eine Dinglichkeit bedeute. Trotzdem er aber selbst einen Eintritt in das gesamte Schuldverhältnis zugibt, behauptet er, daß diese obligatorischen Wirkungen die ausgeführte Dinglichkeit nicht beeinträchtigen.

Auch in diesen Versuchen hat Kühne einen Beweis für seine Dinglichkeitsbehauptungen nicht zu erbringen vermocht.

Bezüglich seiner mit Raape gleichgehenden Ausführungen ist, da sie nichts Neues bringen, auf das bereits über Raape Gesagte zu verweisen[59a]. Unerklärlich ist es aber im weiteren, wenn Kühne, obgleich er selbst das Vorliegen einer Obligation und obligatorischer Wirkungen in § 571 BGB. zugibt, dennoch das Vorhandensein einer Dinglichkeit im Ganzen bejaht[60]. Im Gegensatz zu Kühne ist mit Oertmann[61] festzustellen, daß ein, wenn auch gesetzlicher, Eintritt in ein Schuldverhältnis keine dingliche Wirksamkeit im Sinne der Drittwirkung haben kann. Entweder ist ein Recht relativ oder es ist absolut. Nicht aber kann man ein Recht dann als dinglich bezeichnen und ihm die starken Wirkungen der vollen Dinglichkeit zugestehen, wenn man zugleich in ihm eine sogar vom Gesetz bestimmte Erscheinungsform eines Schuldverhältnisses mit nur obligatorischen Wirkungen anerkennt.

Wenn sich Kühne zur Stützung seiner Behauptung darauf beruft, daß Tatbestandsbegriffe, Rechtswirkungen und Interessenwirkungen doch dieselben bleiben, so mag diese Frage zunächst offenbleiben, doch ist damit zum mindesten noch nicht erwiesen, daß, wie Kühne behauptet, die erste Auffassung von der gesetzlichen Obligation, die andere von der Dinglichkeit des Rechts einschließt[62].

[59a] s. S. 12 ff.

[60] Hier könnte es sich bestenfalls doch nur um eine der absoluten Wirkungen handeln, keinesfalls aber wäre auch bei wirklichem Vorhandensein eines solchen Elementes darauf gleich (auch unter Berücksichtigung der immer wieder bei Kühne hervortretenden Forderung der Erheblichkeit der Besitzlage) auf die Dinglichkeitsnatur des Rechts für das ganze Rechtsgebilde zu schließen.

[61] Oertmann zu § 571, Vorbem. 3 und die dort angeführte Literatur.

[62] v. Tuhr, I, § 11, S. 205 ff.

Schließlich stützt Kühne seine Behauptungen bezüglich der dinglichen Wirksamkeit der Mietberechtigung darauf, daß doch der Mieter auch einem Nießbraucher (§ 1065 BGB.)[63] gleichgestellt sei, da er nämlich auf Grund der Besitzvorschriften (§ 862 BGB.) gegen Störungen Dritter in der Gebrauchsausübung geschützt sei. Der Mieter habe einen Unterlassungsanspruch grundsätzlich gegen jeden Störer, wie er ihn dann ebenso als mittelbarer Besitzer nach § 869 BGB. besitze. Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, daß dieser Schutz des Mieters nicht etwa auf Grund einer Besitzstellung, die nur dem Mietrecht eigentümlich ist, gewährt wird, sondern doch nur auf Grund allgemeiner Besitzvorschriften.

Wenn Kühne in diesem Zusammenhang ausführt, daß Unterschiede erheblicher Art zwischen der actio negatoria des Eigentümers und des Besitzers nicht festzustellen seien und darauf seine Forderung aufbaut, daß beide gleich zu behandeln seien, so ist ihm hierin in keiner Weise zuzustimmen. Es ist wohl zunächst zuzugeben, daß in beiden Fällen eine Unterlassungsklage vorgesehen ist, und daß auch eine Besitzstörung den Eigentümer zu der bezeichneten Klage berechtigt, doch ist der rechtliche Gehalt des § 1004 BGB. völlig anderer Art als der des § 862 BGB. Einmal ist in der negatoria des Eigentümers die Entscheidung über die Beeinträchtigung endgültig, während im Gegenteil die Entscheidung bei der Besitzklage nur vorläufig sein kann[64]. Der Anspruch aus § 862 BGB. aber ist grundsätzlich possessorischer Art, also nicht eigenartig mietrechtlicher Art, der aus § 1004 aber, da er im wesentlichen den inneren Tatbestand des § 985 BGB. umfaßt, petitorischer Natur. Es stände doch außer jedem Verhältnis, wenn das Eigentum, das doch ewigen Besitz vorstellt, sich aus sich selbst schützend, nicht stärker geschützt sein sollte, als der Besitz, der nach Umständen jederzeit einem stärkeren Recht weichen muß[65].

Darum ist auch dieser Versuch Kühnes, ein dingliches Element in der Miete festzustellen, abzulehnen.

---

63 Kühne, a.a.O., S. 32/33.

64 s. dazu Staudinger zu § 1044 2 a.

65 In diesem Zusammenhange ist auch die Ansicht des RG. beachtlich, das einen Anspruch des Mieters aus § 1004 verneint, den Mieter vielmehr ausdrücklich auf den Besitzschutz (§ 862) verweist, der ihm allein zustehe, also offenbar keine Gleichbehandlung will. RG. 59/327; WarnR. 1918 Nr. 55; RGRKomm. zu § 1004, Anm. 3.

Abschließend ist hiermit festzustellen, daß die von Kühne gebrachten Ausführungen auf S. 26 mit dem Ergebnis, „die grundsätzliche Auffassung von der Miete als echter dinglicher Belastung des Eigentums festgestellt zu haben", in der von Kühne beabsichtigten Form nicht zum Ziele geführt haben, daß mithin der von Kühne gewollten Einreihung der Miete in die Sachenrechte nach dem Vorhergegangenen nicht zu entsprechen ist, da die von ihm vorgebrachten Beweise für das Vorhandensein der Dinglichkeit der Miete das von dem Wesen eines dinglichen Rechts geforderte Dinglichkeitskriterium der absoluten Selbstbehauptungsfähigkeit gegen jedermann vermissen lassen. Das „Sachenrecht" Kühnes nämlich ist von ihm offenbar als ein halb absolutes, halb relatives Recht gedacht. Nach seinen eigenen Ausführungen könnte es höchstens eine privilegierte Besitzerstellung zum Inhalte haben. Mit der Aufstellung einer solchen Behauptung geht aber Kühne über die ganze wissenschaftliche Entwicklung mehrerer Jahrhunderte ohne weiteres hinweg. Daß ein solches Wagnis von vorneherein den stärksten Bedenken unterliegen muß, ist klar ersichtlich. Vielmehr ist das Wesen des dinglichen absoluten Rechts allein in seiner absoluten Durchschlagskraft gegen jedermann zu sehen, wie bereits auf S. 7 ausgeführt worden ist.

Unter Zusammenfassung schließlich aller bisher besprochenen Ansichten, die einen Nachweis der Dinglichkeitsnatur des Mieterrechts zum Ziele hatten, ist festzustellen, daß der Nachweis in der von ihnen gewollten Form als nicht geglückt bezeichnet werden muß.

Denn es ist nach der vorausgeschickten Auffassung von dem Wesen und den Erfordernissen eines Rechts, das ein Recht absoluter Dinglichkeit zu sein beansprucht, bei dem Stande des heutigen Mietrechts offenbar, daß das Mietrecht im ganzen keinesfalls als dingliches Recht mit absoluter Durchschlagskraft und Selbstbehauptungsfähigkeit gegen jedermann, gegen jeden Dritten, angesehen werden kann.

Von dieser Erkenntnis ausgehend, beschränkt sich die vorliegende Arbeit lediglich darauf, trotz Mangels der Dinglichkeit absolute Wirkungen der Miete festzustellen. Diese Wirkungen sollen und können nicht in allen Teilen des Mietrechts nachgewiesen werden, sondern lediglich in einzelnen prak-

tisch wie rechtlich bedeutsamen Beziehungen. Denn wenn Literatur und Rechtsprechung auch bisher zum größten Teile auf dem Standpunkte der bloßen Duldungspflicht bezüglich der Mieterrechte beharrten, so sollte trotzdem das Vorliegen von stärkeren Befugnissen, wie, wenn auch in falscher Erkenntnis, schon die zuletzt besprochenen Abhandlungen zeigen, d. h. von „Kannrechten", nicht zu bestreiten sein: daraus, daß das Kannrecht nicht immer in aller Deutlichkeit zu Tage tritt, ist noch nicht auf sein völliges Fehlen zu schließen.

4. Die in der Miete mitenthaltene Ermächtigung mit absoluter Wirkung.

Derartige im Mietrecht vorhandene absoluten Elemente finden ihren Ursprung und ihre Rechtfertigung in der sogen. Ermächtigung[66], die in ihrem rein wortmäßigen Ausdruck die verschiedensten Bezeichnungen erfahren hat, wie etwa Einwilligung, Zustimmung, Gestattung, Erlaubnis usw.

Die Ermächtigung ist, das sei zunächst vorausgeschickt, die Übertragung der Möglichkeit, ein Recht auszuüben mit der Befugnis, im eigenen Namen über fremde Rechte zu verfügen. Wenn hier von der „Möglichkeit" der Ausübung gesprochen wird, so geschieht das zur Verdeutlichung und zu dem Zwecke, auch äußerlich das erforderliche „Können" erkennbar zu machen, das in dem gebräuchlichen Ausdruck: Übertragung der Ausübung nicht genug zum Vorschein kommt. Bei dieser Auffassung, daß lediglich eine Möglichkeit gewährt wird, ist es auch zu verstehen, daß keinesfalls die Wirkung der Ermächtigung Entstehung eines Rechts bedeutet, denn die Möglichkeit, für einen anderen ein Recht ausüben zu können, ist noch nicht das Recht selbst. Die Möglichkeit ist entziehbar, das Recht nicht.

In dieser Übertragung der Ausübungsmöglichkeit liegt der Kernpunkt des Wesens der Ermächtigung als Befugnis, im eigenen Namen über fremde Rechte zu verfügen. Ist dieses fremde Recht ein absolutes, wie das Eigentum, und wird die Ausübungsmöglichkeit dafür übertragen, so wird auch dem Ausübenden die absolute Auswirkung des absoluten Rechts

[66] s. zum Begriff der Ermächtigung Krückmann, Ermächtigung und Rechtsbesitz in der Festausgabe für das RG. 1929, Bd. III, S. 84 ff. LZ. 1931/1169 ff. — ArchzivPr. 139/26 ff.; 108/346 ff.; 134/289 ff.

gestattet. Das ist ein zwingender Schluß, der nicht bestritten werden sollte. Das heißt aber, daß der Ermächtigte ganz in der gleichen Stellung auftreten kann, wie der Ermächtigende selbst, und die Befugnis erlangt, falls seine Ermächtigung unbeschränkt ist, dieses fremde Recht im eigenen Namen gegenüber jedem Dritten auszuüben. Ist dagegen das fremde Recht nur ein relatives, so würde es eben so zwangsläufig nur eine relative Ausübung gestatten.

Ihre eigentliche Bedeutung erlangt die Ermächtigung, wenn ihr eine rechtstützende causa zu Grunde gelegt wird, denn nur durch diese causa bleibt die Ermächtigung aufrechterhalten. Diese causa, wie sie bei der Miete der Mietvertrag darstellt, sichert das Bestehenbleiben der Ermächtigung zur Einwirkung des Mieters auf die Mietsache[67], durch die causa wird die Ausübungsmöglichkeit erst zeitlich unwiderruflich.

Daß weiter in der Ermächtigung auch keine Rechtsübertragung gesehen werden kann, ist aus demselben Grunde verständlich: es soll nach dem Parteiwillen kein „Recht" übertragen werden, sondern lediglich die Erlaubnis gewährt werden, ein Recht auszuüben, und das ist doch sicherlich nicht dasselbe. Diese Erlaubnis schafft eine Ausübungsmöglichkeit und ist im beliebigen Umfange übertragbar, z. B. als kumulative, d. h. als konkurrierende, oder als privative, wobei dem Berechtigten die entsprechenden Befugnisse aus seinem Recht herausgenommen werden.

Erhält nun also der Mieter vom Eigentümer die Befugnis, die gemietete Sache in Gebrauch zu nehmen und zu benutzen, so liegt die Vorstellung nahe, daß gerade in dieser Gebrauchsgewährung die durch die causa des Mietvertrages gestützte Ermächtigung liegt, das fremde Eigentum auszuüben, und daß daher folgerichtig der Ermächtigte dieses Eigentum auch gegenüber jedem Dritten behaupten kann, damit also für die Dauer des Mietvertrages absolut geschützt ist.

Daß hierzu eine vollzogene Besitzübertragung nicht erforderlich ist, erklärt sich aus dem Wesen der Ermächtigung

---

[67] Dies hat das RG. im 80. Bande, S. 395 ff. ausdrücklich, sogar unter der Bezeichnung „Ermächtigung" anerkannt, indem es sagt: „Dadurch (das ist die Ermächtigung) habe der Mietvertrag gegen die Firma dieselbe materielle Wirksamkeit erlangt, wie wenn er von der Firma selbst . . . abgeschlossen wäre". (S. 399). Damit hat das RG. die Übertragung einer absolut wirksamen Ausübungsmöglichkeit (s. auch S. 397 u.) bestätigt

selbst, die schon mit der gegebenen Möglichkeit, ein absolutes Recht auszuüben, die absolute Stellung des Ermächtigten gewährleistet[68]. Die Ermächtigung mit absoluter Wirkung besteht schon vorher. Nicht der Zeitpunkt der Sachübergabe ist ausschlaggebend, sondern der der Ermächtigung. Ein Widerspruch mit dem System des Bürgerlichen Gesetzbuches liegt darin nicht, das ist aus folgendem ersichtlich: erlaubt der Eigentümer einem anderen, den ihm zustehenden Herausgabeanspruch einem Dritten zu übertragen, so wird der Dritte auch ohne Übergabe der Sache Eigentümer. Das kann sich erklären auf Grund einer erteilten Vollmacht wie auch an Hand einer Ermächtigung[69]; beide aber müssen sich in ihren Wirkungen gleichstehen. Der einzige Unterschied der Übertragung liegt darin, daß der Vollmachtnehmer in fremdem Namen, der Ermächtigte aber in eigenem Namen[70] zur Einwirkung auf das Eigentum des Vollmachtgebers und Ermächtigenden berechtigt ist. Ein Gemeinsames haben beide, Vollmacht wie Ermächtigung: sie sind beide grundsätzlich widerruflich.

Wenn Kühne[71], um absolute Wirkungen nachweisen zu können, dazu in erster Linie die vollzogene Besitzüberlassung fordert, so erklärt sich das aus seiner Abstellung auf die Besitzlage, da beim Wegfall dieser Voraussetzung der ganze Bau seiner Beweise zusammenstürzen müßte. Er beweist aber damit im günstigsten Falle nur eine privilegierte Besitzlage, niemals ein in unsere Kategorien passendes dingliches Recht. Er muß schon alle unsere Kategorien umstoßen.

Es wäre schon aus allgemein praktischen Erwägungen nicht verständlich, wenn man die Ermächtigung nicht auch auf die Miete anwenden könnte. Darin kann auch nicht der von Kühne[72] vorgebrachte Einwand beirren, daß das Forschen

---

[68] Eintritt absoluter Wirkungen ohne Sachübergabe behauptet auch schon Loening, S. 271 ff., allerdings nur auf Grund seiner Beweisführung aus § 1, S. 2, § 31 II, MSchG. A.IA Wolff: Sachenrecht, § 118 I.

[69] s. Wolff, Sachenrecht, VI, Anm. 25, § 84, der in einem ähnlichen Falle ausdrücklich die Bezeichnung Ermächtigung gebraucht, allerdings nur im Sinne der kumulativen Art. — Diese Einschränkung ist jedoch garnicht einmal nötig, da ja dem ermächtigenden Eigentümer der Bereicherungsanspruch wegen „Zweckverfehlung" (so Krückmann a.a.O., S. 1173 Anm.) erhalten bleibt.

[70] s. dazu auch RG. 136/424; Ermächtigung zum Auftreten in eigenem Namen.

[71] Kühne, a.a.O., S. 37.

[72] Kühne, a.a.O., S. 5/6.

nach einem rechtsgeschäftlichen Willen, um die dinglichen Wirkungen zu erklären, unangebracht sei[72a]. Zunächst einmal ist gegen diese Unterstellung Kühnes anzuführen, daß ein Sachenrecht in dem von ihm unterstellten Sinne bei der Erörterung hinsichtlich der Bedeutung des Parteiwillens weder vorgestellt wird noch überhaupt vorgestellt werden kann[73]. Vielmehr wird in dieser Arbeit ausdrücklich davon ausgegangen, daß die Miete selbst als rein schuldrechtliches Gebilde innerhalb der Ordnung des BGB. erhalten bleiben soll und erhalten bleiben muß, da es ja im Ganzen, wie schon gezeigt, die Erfordernisse eines dinglichen Rechts nicht erfüllen kann.

Weiter ist Kühne zu entgegnen, daß gerade im geltenden Recht, auf das er sich hier beruft, eine Reihe solcher absoluten Wirkungen in Erscheinung treten, deren Herkunft nur durch eine im Gesetz selbst liegende Ermächtigung, wenn sie auch nicht als solche bezeichnet wird, erklärt werden kann. Hier sind an erster Stelle die von Krückmann[74] aufgezählten gesetzlichen Fälle einer Ermächtigung zu nennen, die jedoch noch durch einige kurze Beispiele ergänzt werden sollen.

So stößt man schon auf einen in dem der Miete am nächsten verwandten Rechte, dem Pachtrechte, offenbar enthaltenen Rechtsgedanken der Ermächtigung. Wenn das Gesetz dem Pächter in § 581 in Verbindung mit § 956 den Eigentumserwerb an den Früchten gestattet, so kann der den Gesetzgeber bestimmende rechtliche Gedanke dabei nur gewesen sein, daß der Pächter zunächst für den Verpächter als dessen Bevollmächtigter mit der Trennung oder Besitzergreifung Eigentum erwerben würde; da aber die Ausübung des dinglichen Rechts, nämlich des Eigentumserwerbs des Pächters, für den Verpächter Inhalt des Erfüllungsgeschäftes geworden ist, wird ihm ein Vertragsschluß mit sich selbst und mit dem Ziele der Eigentumsübertragung an sich selbst (den Pächter) gestattet gemäß § 181 BGB. Auf andere Weise wäre die rechtliche Begründung dieses Vorganges des Eigentumsübergangs

---

[72a] vgl. dazu folgendes Beispiel: Der Nichteigentümer, der gut- oder bösgläubig besitzt, schließt doch einen wirksamen Mietvertrag ab, der sich in nichts vom Vertrage des Eigentümers unterscheidet. Man unterstelle, daß er jetzt nachträglich die Erlaubnis des Eigentümers erhält.

[73] Kühne, a.a.O., S. 6.

[74] RGPrax. 3/84 ff.

an den Pächter nicht erklärlich. Dem Pächter ist demnach das Selbstkontrahieren gestattet, dieses „gestatten" aber ist die vom Gesetz ausgesprochene Ermächtigung. Gestützt wird diese Ansicht noch dazu durch den ausdrücklichen Wortlaut zunächst einmal des § 181, besonders aber des § 956 BGB. selbst, sowie in ähnlicher Weise durch § 588 I BGB. Denn in diesen Bestimmungen wird dem Pächter gestattet, sich ein Erzeugnis oder Bestandteil der Sache „anzueignen", oder es wird ihm gestattet, über die einzelnen Stücke des Pachtinventars zu „verfügen". In dieser Gestattung aber muß mangels einer anderen Deutungsmöglichkeit die Ermächtigung liegen, die, hier allerdings beschränkt auf Fruchterwerb, absoluter Natur ist.

Daß auch im Mietrecht selbst eine Ermächtigung zum Eigentumserwerb praktisch werden kann, zeigt der im täglichen Leben häufige Vorgang, daß bei Beschädigung von Mietgegenständen durch Verschulden des Mieters (da sonst evtl. § 548 einschlagen würde) dieser nach der von ihm durchgeführten Reparatur an den zurückgebliebenen Resten, die doch noch immer einen gewissen Wert haben können, Eigentum erwirbt. Wie sollte das anders als auf Grund einer in der Miete enthaltenen gesetzlich anerkannten Ermächtigung zu erreichen sein?

Besonders deutlich aber offenbart sich die Anerkennung einer Ermächtigung in der modernen Mietergesetzgebung.

Der § 31 II MSchG. gewährt dem Mieter unter den in ihm aufgezählten Voraussetzungen eine petitorische Klagebefugnis gegen jeden Dritten, der ihn an der Benutzung der von ihm gemieteten Räume hindert[75]. Nach dem BGB. hätte der Mieter lediglich einen Überlassungsanspruch gegen den Vermieter. Wenn er hier aber schon vor der Inbesitznahme einen solchen petitorischen Anspruch erlangt hat, so war eine solche Möglichkeit nach dem bisherigen System nicht gegeben. Man bedenke doch nur, wie umständlich und zeitraubend nach der bisherigen Auffassung die Rechtsverfolgung nur aus dem Unterlassungsanspruch sein mußte. Man denke in diesem Zusammenhange auch etwa an den Fall, daß auf Grund einer unerlaubten Handlung eines Dritten die Mietsache beschädigt worden ist. Auf einem wie umständlichen und

[75] Ebel zu § 31 II (4. Aufl.) S. 227; Loening, a.a.O., S. 265 ff.

sicherlich kostspieligen Wege muß dann der Mieter bei Anerkennung lediglich des Duldungsanspruches zu seinem Recht zu gelangen suchen! Das besonders, da ihm die herrschende Lehre[76] noch nicht einmal die Möglichkeit einer Abtretung der Klagebefugnis vom Vermieter auf den Mieter zubilligen will. Für das neuere Mietrecht hat hier das Mieterschutzgesetz die dem vorhandenen Bedürfnis entsprechende Regelung getroffen und damit auch die Ermächtigung gesetzlich anerkannt. Denn es wäre aus keiner sonstigen rechtlichen Erwägung und aus keiner bisher bekannten rechtlichen Grundlage heraus verständlich, wie man sonst diese einschneidende Gesetzesmaßnahme erklären könnte. Betrachtet man diese weitgehende Befugnis des Mieters unter dem Gesichtswinkel der Ermächtigung, so erklären sich Gedanke und Sinn des Gesetzes einfach. Erforderlich ist, daß zur Zeit der verletzenden Handlung und Störung, um dem Mieter die selbständige Befugnis gewähren zu können, die Ermächtigung zur Ausübung an Stelle des Eigentümers bereits erteilt war, der Mieter also befugt war, schon von der Ermächtigung zur Ausübung wirklich Gebrauch zu machen. Dieser Zeitpunkt ist unabhängig von der vollzogenen Sachübergabe ;denn nicht diese ist maßgebend für die Entstehung der Ermächtigung, sondern der Zeitpunkt der gegebenen Ermächtigung[76a].

Auf einem Grundstück des Eigentümers E ist gemäß § 1093 BGB. ein Wohnrecht für die S eingetragen worden, der die Übertragung der Ausübung gestattet ist (§ 1092, S. 2). Da S diese Befugnis bisher nicht ausgeübt hat, vermietet E die Wohnung so, daß bei dem beabsichtigten Einzug des später von der S angenommenen Mieters M I der Mieter M II des E bereits die Wohnung in Gebrauch genommen hat, da ihm von einem früheren Zeitpunkt an vermietet war. Unter dem Gesichtspunkt der reinen Duldungspflicht muß M I jetzt gegen S auf Einräumung der Wohnung klagen. S. hat nun zwei Möglichkeiten: 1. sie klagt gegen E auf Freimachung der Wohnung; doch kann E, da ihm gegenüber die Duldungspflicht besteht, seinen Mieter nicht aus der Wohnung entfernen; klagt aber 2. S gegen M II direkt, so muß sie das auf der Grundlage ihres absoluten Rechts tun und behaupten,

[76] s. besonders Oertmann, ArchzivPr. 113/151 ff. Raape, JherJ. 51/514 ff.
[76a] Hierbei ist jedoch zu bemerken, daß der Mieter unter Umständen (§§ 257, 270) auch schon pro futuro ermächtigt ist.

daß M II eine Duldungspflicht ihrerseits nicht beweisen könne, da er ihr gegenüber ja nicht berechtigt ist.

Um wieviel praktischer aber und schneller dieser Streit zu erledigen wäre, zeigt die Zuhilfenahme des § 1092 BGB. Hier liegt der Weg zur angemessenen Klärung des Streitverhältnisses in der Möglichkeit eines direkten Angriffs von M I gegen M II in gesetzlich anerkannter Weise. Die von der S mit M I abgeschlossene Miete ist nach § 535 ff. BGB. Gebrauchsüberlassung; diese Gebrauchsüberlassung aber ist die in § 1092 BGB. gemeinte Übertragung der Ausübung. Daß die Überlassung in ihrer ganzen Ausdehnung auf die Miete übertragen wird, ist nicht unbedingt erforderlich, nur muß die Überlassung der Ausübung dem Mietzweck entsprechen. Vermietet die S an M I, so will sie damit dem M I dieselbe ihr zustehende Befugnis aus der Wohnungsberechtigung, also dem absoluten Recht, wenn auch nur in entsprechendem Umfange, verschaffen. Hat die S das gewollt, und das ist ohne weiteres anzunehmen, so ist das die Ermächtigung zur Ausübung des absoluten Rechts, auf Grund deren der Mieter in absoluter Stellung, wie der Inhaber des absoluten Rechts selbst, auftreten kann, d. h. absoluten Schutz genießt. Es muß doch dasselbe sein, wenn die S. sagt: Ich vermiete, oder wenn sie sagt: Ich überlasse die Ausübung, der gewollte Erfolg soll doch in beiden Fällen der gleiche sein. In beiden handelt es sich um eine dem M I erteilte Ermächtigung, die Befugnisse der S, wie sie selbst, ausüben zu können. Miete ist Überlassung der Ausübung.

Nicht stichhaltig ist der Einwand Kühnes[77], daß es in der Regel zweifelhaft sei, ob eine solche Ermächtigung wirklich erklärt sei. Was anderes soll denn in der Erklärung: Ich vermiete, liegen, als eine Überlassung der Ausübung? Ist es aber eine Überlassung der Ausübung, so ist sie auch die erklärte Ermächtigung. Eine erklärte Ermächtigung aber beseitigt auch nach Kühne jeden Zweifel.

Wie schon eingangs oben festgestellt, ist allein aus dem Wortlaut des Gesetzes heraus klar, daß bei dem Wohnrecht die Miete Übertragung der Ausübung ist. Dann muß es ebenso auch beim Nießbrauch (§ 1059, S. 2 BGB.) sein, der sich in ähnlicher Weise äußert. Und wenn es sich

[77] Kühne, a.a.O., S. 35.

um der Miete verwandte oder ähnliche Vorgänge handelt, die in irgend einer Hinsicht eine dingliche Sicherung bezwecken, die vom Nießbraucher oder Wohnungsberechtigten eingegangen wird, so muß es sich auch hier um eine Übertragung der Ausübung handeln, die eine Ermächtigung in sich schließt. Denn da in allen Arten des Auftretens die Überlassung der Ausübung, sei sie gerichtet auf Übertragung nur einzelner oder aller Befugnisse, notwendig innerlich gleichartig sein muß, ergibt sich, daß sie entweder überall Ermächtigung ist, oder es überhaupt nicht ist. Daß aber in der Miete sowohl, wie in der Überlassung der Ausübung gleicherweise die Ermächtigung enthalten ist, wenn auch die schuldrechtlichen Leistungspflichten verschieden sein können, findet eine Stütze durch eine folgerichtige Entwicklung der in LZ. 1929, S. 777/778 Nr. 6 mitgeteilten Entscheidung des RG. Hier stellt das RG. fest, daß neben einer dinglichen eingetragenen Wohnungsberechtigung noch weitergehende schuldrechtliche Verpflichtungen aufrecht zu erhalten sind. Diesem Gedanken des Reichsgerichts muß man sich voll und ganz anschließen. Es handelt sich in dem vom Reichsgericht behandelten Falle um nebeneinander herlaufende dingliche Dienstbarkeit und Mietelemente. Auf Grund der Bestellung der Dienstbarkeit wird auf dem Wege der qualitativen Teilung dem Berechtigten ein Teil des Eigentumsrechts des Bestellers, und zwar eine Ausübungsbefugnis hinsichtlich des Eigentums, übertragen. Der Berechtigte wird also absolut geschützt in Hinsicht auf den rein dinglichen Teil der Berechtigung. Kommen jetzt aber die mietrechtlichen Befugnisse dazu, so erhielte für sie der Berechtigte einen Schutz nur auf Grund der bekannten Duldungspflicht. Auf Grund ein und desselben Vertrages, der, wie auch in der zuletzt genannten Entscheidung, als Ganzes mit absoluten Wirkungen ausgestattet werden sollte, wird damit dem Mieter nach den einzelnen Bestandteilen verschiedener Schutz gewährt. Das ist unhaltbar. Naturnotwendig ist vielmehr, daß Miete wie Überlassung der Ausübung gleichmäßig geschützt werden; in beiden liegt die Ermächtigung mit absoluter Wirkung, die in allen Fällen innerlich gleichartig ist.

Unter der zwingenden Betrachtung, daß entweder allen Mietverträgen oder gar keinem Mietvertrag solche Ermächtigung innewohnt, da hinsichtlich ihres Vertragsinhaltes doch

begriffsnotwendig alle Mietverträge gleich sein müssen, ergibt sich, daß eine Ermächtigung, gleich in welchem Umfange, in allen Mietverträgen vorliegen muß. Denn jeder Mietvertrag schließt gesetzesnotwendig eine Gebrauchsüberlassung ein, die Gebrauchsüberlassung aber ist nichts anderes als die Ermächtigung zur Ausübung des fremden Eigentumsrechtes, gleichgültig, ob nur einzelne oder alle Befugnisse dadurch übertragen werden.

Das Gesetz selbst aber kann nur bestimmen, ob es die nach Auffindung des Parteiwillens und wirklicher Erkenntnis übertragenen Rechte durch die Ermächtigung anerkennen will, eine positive gesetzliche Regelung über das Bestehen dieser Ermächtigung kann und darf es nicht aufstellen. Denn die Frage, ob in dem Vertrage eine Ermächtigung enthalten ist, ist eine logische Frage, keine juristische.

Aus diesem Grunde soll daher jetzt die Rechtsprechung daraufhin geprüft werden, ob und inwieweit aus ihrer Handhabung des Gesetzes die Anerkennung der Ermächtigung spricht. Die Unklarheit, die die Rechtsprechung bei der Behandlung solcher Fragen erkennen läßt, ist zum größten Teile darauf zurückzuführen, daß sich bisher noch keine restlose begriffliche Erklärung für die Bedeutung der „Überlassung der Ausübung" hat finden lassen. Die angestellten Versuche von Raape[78], der ein relativ abhängiges Recht in ihr sieht, das durch die Überlassung der Ausübung entstehe[79], weiter von Hirsch[80], der sie für eine Vervielfältigung des Rechts hält, und zuletzt der Versuch auf Grund der qualitativen Teilung[81] haben keinen Anklang gefunden und sind ebensowenig als zutreffend zu bezeichnen.

Vielmehr ist in der Überlassung der Ausübung eine Ermächtigung zu sehen.

Hierzu äußert sich das RG. in JW. 1912/870 bezüglich der Ausübungsübertragung des Nießbrauchs nach § 1059 S. 2 BGB. offenbar in zusitmmendem Sinne, wenn es auch in dem eingeschlagenen Wege zu weit geht und einen Bruch mit dem geltenden Recht begeht.

---

78 Raape bes. Jher.J. 74/212 ff.
79 Diese Auffassung ist bereits S. 12/13 abgelehnt worden.
80 Übertragung der Rechtsausübung.
81 Die das RG. scheinbar in den folgenden Behandlungen zu Grunde legt.

Es hält es zunächst „nicht für durchaus zutreffend", daß der Nießbraucher, nachdem er die Ausübung des Nießbrauchs an einen anderen übertragen hat, allein dinglich berechtigt bleibt, und daß der Ausübungsberechtigte sich auf seine schuldrechtlichen Ansprüche beschränken muß. Es fährt dann fort: „In solcher Allgemeinheit kann der Satz vom steten Zurückbleiben des Rechts im Vermögen des Nießbrauchers nicht anerkannt werden, Es ist rechtlich nicht unmöglich, daß er einen Teil dieses Rechts, z. B. (hier folgt die Anwendung auf den vom RG. besprochenen Fall) die Befugnis, die Mietverträge über das seinem Nießbrauch unterworfene Haus abzuschließen, einem anderen als Selbstvermieter für eigene Rechnung überträgt, oder daß er die ihm auf Grund der §§ 571, 577 BGB. oder aus eigenen Mietverträgen zustehenden Mietzinsforderungen einem anderen abtritt. In diesen Fällen gehen die übertragenen Befugnisse und Ansprüche, ausscheidend aus dem Vermögen des Nießbrauchers, in das des Abtretungsempfängers — selbstverständlich immer innerhalb der in den §§ 1056, 1061 ff. BGB. gezogenen Grenzen — über und wird durch deren Beeinträchtigung in das Vermögen des letzteren, nicht in das des Nießbrauchers eingegriffen. Es muß daher im einzelnen Falle genau geprüft werden, in welchem Sinne die geschehene Übertragung der Ausübung des Nießbrauchs gemeint gewesen ist".

Daß diese Ausführungen einen gewaltigen Fortschritt in der Erkenntnis der Natur der Ausübungsüberlassung bedeuten, ist nicht zu leugnen, auch wenn in ihnen allerlei Unklarheiten und sogar Verletzungen des geltenden Rechts enthalten sind. Doch sollen aus ihnen nur die im Rahmen dieser Arbeit bedeutsamen Ergebnisse besprochen werden.

Zunächst ist festzustellen, daß das RG. dem Kern des Problems darin äußerst nahegekommen ist, daß es dem Gedanken Ausdruck verliehen hat, die reine Duldungspflicht allein in der Ausübungsüberlassung nicht mehr sehen zu wollen. In der Lösung der Frage aber, wie es hier Abhilfe schaffen könnte, ist es entschieden über das Ziel hinausgeschossen, wenn es von einem nicht steten Zurückbleiben des Rechts im Vermögen des Nießbrauchers, der „Übertragung eines Teiles des Nießbrauchsrechts" und der „Abtretung der Mietzinsforderungen" spricht. Das ist offenbar so aufzufas-

sen, zum mindestens klingt es stark danach, als ob hier das Reichsgericht eine Übertragung des Rechts selbst, wenn auch nur in einzelnen Teilen, befürworten wollte; das aber wird gerade in § 1056 S. 2 ausgeschlossen. Dazu ist eine solche Übertragung des Rechts selbst noch nicht einmal notwendig, da die Ermächtigung schon ohne diese Rechtsübertragung das vom RG. offenbar deutlich gefühlte Bedürfnis befriedigt. In der Tat ist der vom Reichsgericht ausgesprochene Rechtsgedanke von der Teilübertragung des Rechts, wenn man von dieser dem Gesetz widersprechenden Übertragung des „Rechts" absieht, eher als eine Anerkennung der Ermächtigung zu werten, das Nießbrauchsrecht im eigenen Namen für das fremde Recht auszuüben. Die Begründung dafür gibt das das RG., ob bewußt oder unbewußt, selbst. Nach ihm soll der Mieter, der die Ausübungsüberlassung des Nießbrauchers besitzt, berechtigt sein, Mietverträge im eigenen Namen, auf „eigene Rechnung", abzuschließen. Das muß aber heißen, daß er dann, wenn er jetzt als Selbstvermieter auftritt, die Rechtsstellung erhält, die ihn instandsetzt, auch in geeigneter Weise seinen Verpflichtungen nachzukommen, d. h. auf die Mietsache einwirken zu können: Er soll also den Nießbrauch ausüben können. Tut er das aber, so übt er auch in der Ausübung des Nießbrauchs das diesem zugrundeliegende Eigentum aus. Damit aber ist er instandgesetzt, auf Grund seiner jetzt absoluten Stellung sich jedermann gegenüber zu behaupten, solange sein Mietvertrag und der Nießbrauch des Nießbrauchers dauern, das bedeutet, solange die Ermächtigung unwiderruflich ist.

Es ist klar, daß diese ganze Konstruktion, die folgerichtig den Gedanken des RG. zu Ende führt, nur mit Hilfe der Ermächtigung verständlich ist. Die Lage ist nach der Überlassung der Ausübung an den Mieter durch den Nießbraucher kurz so[82], daß der Mieter allgemein für seine Ermächtigung der Überlassung der Ausübung die causa des Mietvertrages hat, für den Mietvertrag wiederum die causa der Ermächtigung, die ihm vom ausübungsberechtigten Nießbraucher erteilt wurde; diese Ermächtigung aber wurzelt wiederum in dem Nießbrauch des Nießbrauchers. Ist diese Reihe geschlossen, so kann er endlich den Nießbrauch des Nießbrauchers ge-

[82] so im wesentlichen Krückmann, LZ. 1931/1177.

gen diesen selbst und ebenso gegen den Eigentümer, falls ihm dieser im Wege steht, behaupten. Das heißt, daß er selbständig und aktiv in Tätigkeit tritt.

Abschließend ist auf jeden Fall, und das ist hier in erster Linie wichtig, festzustellen, daß das RG. eine einfache Duldungspflicht nicht für ausreichend hielt und einen Weg zur erhöhten Stärkung der Mieterposition suchte und abgesehen von der Annahme einer verfehlten Rechtsübertragung auch fand.

Daß das RG. mit solchen Bestrebungen keineswegs allein steht, zeigt der Versuch von Blume[83], dem Mieter, dem von einem Nießbraucher die Ausübung übertragen worden ist, eine absolute Position zu gewähren. Er glaubt einmal aus den von ihm eingehend untersuchten römischen Quellen[84], und auch aus den Anforderungen, die das tägliche Leben stellt[85], schließen zu müssen, daß der Nießbraucher auf das Recht dessen, dem er seinen Nießbrauch übertragen hat, jegliche Einwirkungsmöglichkeit verlieren soll[86]. Auch er geht[87] von dem Gedanken aus, daß die obligatorische Verpflichtung des Berechtigten nicht genügen könne, hält aber für die einzige Möglichkeit, diese Frage befriedigend zu lösen, die, kraft dinglicher Sukzession die Übertragbarkeit des Nießbrauchs selbst anzuerkennen. Daß dieses Unternehmen mit dem geltenden Recht nicht vereinbar ist, wurde bereits dargelegt. Immerhin ist aber auch hier auffallend das Gefühl, die Mieterposition zu einer mit absolutem Element ausgerüsteten Stellung stärken zu müssen. Wenn v. Blume keinen anderen Weg wußte, so lag das wohl daran, daß die damalige Wissenschaft sich noch in der Entwicklung befand und noch nicht die Figur der Ermächtigung in vollem Umfang würdigte, die es ermöglicht, ohne Substanzübertragung die absolute Position des Mieters zu gewährleisten. Seine Forderung aber, dem Mieter dieselbe absolute Stellung wie dem Nießbraucher selbst zu geben, ist ganz offenbar als eine Forderung im Sinne der Ermächtigung, die in der Übertragung der Ausübung liegt, zu deuten.

---

[83] v. Blume in IherJahrb. Bd. 24, S. 307 ff.
[84] a.a.O., S. 318.
[85] a.a.O., S. 320.
[86] s. dazu zustimmend auch Hasse JherJ. 36/249 ff.
[87] a.a.O., S. 292 ff.

Die erwähnte Stellungnahme des RG. im Sinne der offenbaren Anerkennung der Ermächtigung ist jedoch nicht die einzige geblieben. Das beweist die im 101. Bande auf S. 6ff. ergangene Entscheidung des RG., die wiederum, wie die vorherige, von einer dinglichen Bestandteilsübertragung oder Abtretung des bestimmten dinglichen Anspruchs ausgeht. Der Fall, den das RG. behandelt, ist kurz folgender:

Zur erhöhten Sicherung seiner erstrangigen Hypothek gegenüber einer zweitrangigen hatte der Ersthypothekar sich einen Nießbrauch am belasteten Grundstück bestellen lassen. Die Ausübung dieses Nießbrauchs, der aber im Range hinter der Zweithypothek stand, hatte er einem Dritten überlassen. Nachdem der Eigentümer des belasteten Grundstücks sich hinsichtlich der Zweithypothek der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hatte, ließ der Zweithypothekar nach Erwirkung einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen Nießbraucher und Eigentümer die Mietforderungen aus dem zur Überlassung übertragenen Nießbrauch pfänden und sich überweisen. Da nun der Ausübungsberechtigte aus dem Nießbrauch Widerspruchsklage erhob, wurde das RG. erneut gezwungen, über die Aktivlegitimation des Ausübungsberechtigten zu befinden und damit über die Wirkung einer Ausübungsüberlassung sich zu äußern. Das tat es dann ähnlich wie in der vorherigen Entscheidung, indem es zunächst allgemein ausführte, daß es möglich sei, dem Dritten, dem die Ausübung übertragen war, einzelne dem Nießbrauch ausfließende „Rechte" mit dinglicher Wirkung zu überlassen[88]. Diese Rechte müßten aber bestimmbar sein. In dieser Möglichkeit, einzelne Rechte zu überlassen, sieht also das RG. das Wesen der Übertragung der Ausübung. Daß in einer solchen Beengung der Abtretung nur einzelner „Rechte" das wirkliche Wesen der Ausübungsübertragung nicht liegen kann, ist leicht verständlich, ebenso aber die Auffassung des RG., das von seinem schon damals sehr weitgehenden Standpunkte aus noch weitere Zugeständnisse nicht machen konnte, als eben die Übertragung von aus dem Nießbrauch fließenden Einzelrechten mit dinglicher Wirkung zu gestatten. Der Gedanke des RG. ist doch offenbar der, über die bloße Duldungspflicht hinaus dem Ausübungsberechtigten auch eine absolute Sicherung zu gewährleisten, und das ist das wesentliche. Daß das

[88] s. ebenso RGRKomm. Bem. 2 zu § 1059, S. 442, 1934.

RG. dann folgerichtig das Erfordernis der Bestimmbarkeit dieser übertragenen Einzelrechte aufstellte, liegt in derselben Richtung. Wieweit es sich aber der Schwäche seiner Stellungnahme bewußt ist, zeigen die folgenden Ausführungen darüber, wann und ob im gegebenen Falle der Ausübungsübertragung diese Übertragung von Einzelrechten mit dinglicher Kraft anzunehmen sei. Das RG. löst diese selbstgestellte Frage damit, daß es im Zweifelsfalle in der einfachen Ausübungsübertragung des Nießbrauchs keine Überlassung von Rechten mit dinglicher Wirkung sehen will. Hierin ist dem RG. insofern zuzustimmen, als in der einfachen Übertragung der Ausführung allein im Regelfalle nicht die Übertragung auch einzelner Rechte zu erblicken ist. Denn wenn auch die Ausübung übertragen ist, gehen damit nicht zugleich auch die Mietforderungen, um den Fall des RG. zu erfassen, auf den, dem die Ausführung übertragen ist, über; solche Forderungen aus dem besonderen Rechtsgeschäft müssen vielmehr noch gesondert von der Ausübungsübertragung übertragen werden, wie es nach der Natur des einzelnen Rechtsverhältnisses natürlich und notwendig ist. Denn der Mietvertrag ist kein Ausfluß des Nießbrauchs, das Recht aus ihm kein Bestandteil des Nießbrauchs, vielmehr steht der Mietvertrag aktiv und passiv äußerlich neben dem Nießbrauch.

Die Ausführungen des RG. sind nach dem von ihm eingenommenen Standpunkte erklärlich, sollen aber nicht den Blick dafür versperren, daß es die dingliche Rechtsstellung des Ausübungsberechtigten zwar wollte, aber zu dem gewünschten Ziele in gewünschtem Umfange nicht gelangen konnte, weil es, noch unter dem Zwange des Gegensatzes: Übertragung des Rechts selbst oder Nichtrecht stehend, das wirkliche Wesen der Übertragung der Ausübung, die Ermächtigung, noch nicht erkannt hatte. Das Wesen der Übertragung der Ausübung besteht nicht darin, daß eine einzelne bestimmte Befugnis zur Ausübung übertragen wird, sondern daß dem Ausübungsberechtigten die Ermächtigung gegeben wird, das fremde Recht, so wie es der Rechtsinhaber selbst hat, in eigenem Namen und je nachdem in vollem oder beschränktem Umfang mit absoluter Wirkung ausüben zu können[89].

[89] Er ist nicht nur, wie Staudinger ausführt, „ermächtigter Vertreter", sondern selbst auftretender Ermächtigter mit absoluter Stellung. Staudinger II (1926) § 1059, Anm. 2 c.

Das Reichsgericht stellt allgemein und mit Recht fest, daß mit der Überlassung der Ausübung noch nicht die Übertragung sämtlicher Einzelrechte, hier der Mietforderung im besonderen, vollzogen sei. Und doch liegt hierin ein Gedankenfehler des RG., denn in dem von ihm behandelten speziellen Falle scheint die tatsächliche Lage anders zu sein. Offenbar war hier dem Nießbraucher der Nießbrauch an den in Frage stehenden Mietforderungen überlassen worden[90], sodaß er nach außen wie ein Zessionar auftreten konnte[91]. Dann mußte aber der Ausübungsberechtigte auch im eigenen Namen zur Einwirkung auf die Mietforderungen ermächtigt sein. Gesteht das RG. schon dem Ausübungsberechtigten eine Ermächtigung zur Einziehung der Mietforderungen zu und darin auch eine Ermächtigung[92] zur Erhebung der Widerspruchsklage, wie sie hier der Ausübungsberechtigte angestrengt hatte, so ist es nicht mehr verständlich, weshalb es jetzt plötzlich Halt macht und dies alles nicht für wirksam genug hält, damit der Ausübungsberechtigte selbst gegen die Nießbrauchspfändung des Zweithypothekars auftreten kann. Wenn der Ausübungsberechtigte in seiner Ausübung vollkommen in die Position des Nießbrauchers einrücken soll, so muß er auch das dem Nießbraucher zustehende Recht der Erhebung der Widerspruchsklage selbst ausüben können. Die Verweigerung der Geltendmachung der Widerspruchsklage würde aber einen wesentlichen Nachteil für den Ausübungsberechtigten bedeuten und eine völlig unverständliche und widerspruchsvolle Beeinträchtigung der ihm zustehenden Befugnisse darstellen. Das ist aber mit dem Wesen der Ausübungsüberlassung keineswegs vereinbar. Zuzustimmen ist dem RG.[93] schließlich in seiner Erwägung, daß die Zweithypothek im Range vorgehe, da sie vor Bestellung des Nießbrauchs bestellt war.

Dem RG. hat sich der Reichsgerichtsräte-Kommentar[94] angeschlossen, insofern als auch er die dem Nießbrauch entspringenden einzelnen Befugnisse dem Ausübungsberechtigten „zu eigenem Recht" übertragen will.

---

90 Dafür spricht die ganze Darstellung.
91 s. §§ 1070 ff. BGB.
92 RG. S. 8. Bd. 101.
93 RG. S. 9, Bd. 101.
94 zu § 1059 II Anm. 2, S. 441, 42. 1934.

Staudinger-Kober[95], der, ebenso wie fast die gesamte neuere Literatur, sich von der Auffassung des rein obligatorischen Wesens der Überlassung der Ausübung lösen will, stellt sich die nach Überlassung der Ausübung erreichte Position des Ausübenden als die eines ermächtigten Vertreters unter Übertragung der Befugnisse zu eigenem Recht vor. Mit dieser viel zu allgemein gehaltenen Bezeichnung einer Vertreterschaft kann man aber den Inhalt der überlassenen Befugnisse nicht erklären. Über den eigentlichen Inhalt der Befugnisse ist mit ihr nichts gesagt. Daß dieser Vorgang in eine Vertretungsbefugnis ausgedeutet werden soll, scheint bedenklich; nach dem Wesen der Vertreterschaft ist dieser Vorgang nicht erklärlich.

Auch Wolff § 118 I S. 414 (1932) entfernt sich von der Auffassung, in der Überlassung der Ausübung eine bloße Duldung sehen zu wollen, und will in der Übertragung der Besitz- und Nutzungsrechte des Nießbrauchers das Wesen der Ausübungsüberlassung erfassen. Wäre das richtig, so müßte er auf demselben Wege, wie das RG., den Vorgang durch eine Aussonderung von Einzelbefugnissen aus dem Hauptrecht, d. h. durch qualitative Teilung, erklären. Damit wird aber ein dingliches Recht übertragen, das eintragungspflichtig ist[96]. Wenn die herrschende Lehre[97] diese Konsequenz nicht zieht, so geschieht das lediglich, weil man in richtiger Auffassung das Bedürfnis und auch die rechtliche Möglichkeit in Hinsicht auf § 1059 S. 1 BGB. verneint.

Eine völlig andersartige Auffassung von dem Wesen der Überlassung der Ausübung zeigt die Darstellung Planck-Brodmanns[98], der im Gegensatz zu den vorher genannten behauptet, daß die Überlassung der Ausübung nur ein rein obligatorisches Rechtsverhältnis sei und rein obligatorische Beziehungen zum Nießbraucher begründe. Diese Auffassung ist, so lange man nur den Gegensatz: Rechtsübertragung oder volles Nichtrecht kennt, und solange man hier das Vorliegen einer Ermächtigung nicht anerkennen will, im Grunde die folgerichtigste.

---

[95] zu § 1059 II Erl. 2 c, 9. Aufl.
[96] Das forderte auch Kretzschmar in LZ. 1914/997.
[97] s. Wolff § 118, Anm. 1; Planck, zu § 1059 3 a.
[98] Planck-Brodmann zu § 1059 II 3 a.

Das wirkliche Wesen der Überlassung der Ausübung ist damit nicht getroffen.

Wohin es aber führt, wenn man die Ermächtigung außer Acht läßt, zeigen die früher erwähnten, sämtlich von einander verschiedenen Auffassungen, die, weil sie die der Überlassung der Ausübung zugrundeliegende Ermächtigung in dem hier vertretenen Umfange nicht anerkennen wollen, zu so schwierigen Unterscheidungen und unvollständigen Wesenserklärungen gezwungen werden, die zum Teil sogar einen klaren Verstoß gegen das Gesetz enthalten.

Daß die Wirkung der Ermächtigung durchaus zweckentsprechend ist und dabei doch dem Wesen der Überlassung der Ausübung gerecht wird, wird in erhöhtem Maße offenbar, wenn man die überlegene Stellung der Ermächtigung im Konfliktsfalle ins Auge faßt. Hier steigert sich die Kraft der Ermächtigung derart, daß sie, falls die aus der Ermächtigung fließenden Befugnisse mit entgegenstehenden Befugnissen des Nießbrauchers und auch des Eigentümers zusammenstoßen, die Ausübung dieser Befugnisse verhindert. Ist die Ermächtigung nämlich unwiderruflich, und das ist sie unter der Voraussetzung, daß das ausgeübte Recht ein absolutes ist, ihr also selbst absoluter Charakter verliehen ist, und der weiteren Voraussetzung, daß die die Ermächtigung stützende causa aufrechterhalten geblieben ist, so bewirkt sie, daß es dem Inhaber des Rechts dann nicht mehr möglich ist, sogar die in seinem Rechte zurückgebliebenen Einzelrechte ausüben zu können. Von einem ähnlichen Gedanken muß auch das Reichsgericht im 101. Bande auf S. 6ff. ausgegangen sein, wenn es dem, dem die Ausübung überlassen ist, zu seiner Sicherung eine dingliche Befugnis zubilligte; denn einen Sinn hätte diese Übertragung des Rechts selbst dann nicht gehabt, wenn man nicht gerade zur Sicherung in Konfliktsfällen den Ausübungsberechtigten absolut hätte schützen wollen.

Nun ist aber festzustellen, daß die Ermächtigung diese weitgehende Kraft privater Art unter Ausschaltung sogar der Rechte des Eigentümers nicht gerade im Regelfalle besitzt, wenn es aber der Zweck, zu dem die Ausübung überlassen ist, notwendig macht, wohl besitzen kann. Das ist mit dem Wesen der Ermächtigung, die die ungestörte Ausübung gegen jedermann sichern will, vereinbar. Man denke nur an die rechtliche

Gestalt des Konkursverwalters, der auf Grund seiner Ermächtigung den Gemeinschuldner von der Verfügung über sein Eigentum völlig ausschließt. Im allgemeinen aber reicht die Überlassung der Ausübung nur soweit, als unter Berücksichtigung des zugrundegelegten Zweckes es das berechtigte Interesse des Ermächtigten erheischt. Da das „Recht" selbst unangetastet bleibt und nur für die Dauer der causa die Befugnisse anders verteilt werden, sind auch die Inhaber des absoluten Rechts selbst, falls sie nicht mit der Ausübung in Befugnisse des Ermächtigten eingreifen, noch vollauf in der Lage, die ihnen zustehenden Rechte in ihrem eigenen Interesse zu verfolgen. Daß in solcher Ausübung von seiten des Ermächtigten keine unerwünschte und unzulässige Beeinträchtigung des Rechtsinhabers selbst liegt, sondern vielmehr eine Vertretung seiner eigenen Interessen, ist leicht verständlich, wenn man bedenkt, daß der Ermächtigte sicherlich das gleiche Interesse wie der Rechtsinhaber selbst an der Erhaltung der Sache hat und dieses Interesse deshalb besser wahrnehmen kann, weil er sich gewöhnlich räumlich näher zur Sache befindet.

V. Schlußfolgerung.

Ist aber jetzt festgestellt, daß bei Wohnungsrecht und Nießbrauch die Übertragung der Ausübung nichts anderes ist als die Ermächtigung zur Ausübung des fremden dinglichen Rechts im eigenen Namen, ohne daß diese Ermächtigung ausdrücklich als Ermächtigung bezeichnet zu werden braucht, und ist weiter festgestellt, daß sowohl in der Übertragung der Ausübung als auch der bloßen Miete die Ermächtigung in gleicher Weise enthalten ist, obwohl die schuldrechtlichen Leistungspflichten bei beiden verschieden sein mögen, so ergibt sich jetzt der zwingende Schluß aus diesen Feststellungen, daß nämlich auch die vom Eigentümer selbst vorgenommene Vermietung als Ermächtigung zur Ausübung des fremden Eigentums zu werten ist. Die durch die causa des Mietvertrages gestützte und für die Mietdauer unwiderrufliche Ermächtigung aber besitzt naturnotwendig, da sie ja die Ausübung eines absoluten Rechts zum Gegenstand hat, auch ihrerseits absoluten Charakter, falls es ihr Zweck erfordert. Wenn in der Ausübungsüberlassung des Wohnungsberechtigten und des Nießbrauchers eine Ermächtigung zur Ausübung des fremden dinglichen Rechts enthalten ist, so wäre es unverständlich, wenn dem Eigentümer eine solche Ermächtigung nicht gestattet wäre. Denn weshalb sollte der Eigentümer als Inhaber des stärksten absoluten Rechts schlechter gestellt sein als die erst von ihm mit einem dinglichen Recht ausgerüsteten Wohnungsberechtigten und Nießbraucher?

Literaturverzeichnis.

v. Blume: In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 34, S. 281 ff.

Bovensiepen: Das deutsche Mietrecht in der Übergangszeit 1931—1936 in LZ. 1931, S. 593.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 3. Aufl. 1931.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, Teil 1, 1924, 7/8. Aufl.

Crome: Die juristische Natur der Miete nach dem deutschen BGB. in Iherings Jahrb. Bd. 37, S. 1 ff.

Dernburg: Pandekten. I. Bd. 6. Aufl. 1900.

Dernburg: Pandekten. II. Bd. 7. Aufl. 1900.

Ebel-Lilienthal: Mieterschutz und Mieteinigungsämter. 4. Aufl. 1930.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1905.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil I. 12. Bearb. 1935.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Recht der Schuldverhältnisse. II. Bd. 12. Bearb. 1932.

Enneccerus-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Das Sachenrecht, III. Bd. 9. Bearbeitung, 1932.

Fischer, O.: Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Heft 3, Sachenrecht, 1896.

Fuchs: Grundbegriffe des Sachenrechts. 1917.

v. Gierke: Deutsches Privatrecht. Bd. II. 1905. Das Sachenrecht. Bd. III. Recht der Schuldverhältnisse.

Heck: Grundriß des Schuldrechts. 1929.

Heck: Grundriß des Sachenrechts. 1930.

Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.

Hirsch: Übertragung der Rechtsausübung.

Kreß: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. 1929.

Krückmann: Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung, in ArchzivPr. Bd. 103, S. 139 ff.

Krückmann: Festgabe für das Reichsgericht. III. Bd. 1929.

Krückmann: Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 5. Aufl. 1929.

Kühne: Versprechen und Gegenstand in Archziv. Pr. Bd. 140, S. 1 ff.

Loening: Die Grundstücksmiete als dingliches Recht. 1930.

Mitteis: Zwei Fragen aus dem Bürgerlichen Recht. Leipziger Programm 1905.

Mittelstein: Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reichs. 1932.

Naue: Die angebliche Dinglichkeit der Miete. Diss. Göttingen 1901.

Niendorff: Mietrecht nach Bürgerlichem Gesetzbuch. 10. Aufl. 1914.

Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1929.

Oertmann: Beispiele zur Lehre von der Abtretung des Herausgabeanspruchs in ArchzivPr. Bd. 113, S. 115 ff.

Oertmann: Zur Struktur des subjektiven Privatrechts in ArchzivPr. Bd. 123, S. 129 ff.

Planck-Strohal: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1923.

Raape: Gebrauchs- und Besitzüberlassung in Iher. Jahrb. Bd. 71, S. 97 ff.

Raape: Gebrauchs- und Besitzüberlassung in Iher. Jahrb. Bd. 74, S. 179 ff.

Randzus: Gebrauchs- und Besitzüberlassung in Deutsche Justiz 1935, Heft 31, S. 1095 ff.

Reichsgerichtsräte-Kommentar: Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, II, 8. Aufl. 1934.

Reichsgerichtsräte-Kommentar: Bd. III, Sachenrecht, 8. Aufl. 1934.

Ruth: Das Mietrecht der Wohn- und Geschäftsräume, 1926.

Soergel: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I. 3. Aufl. 1926.

Staudinger-Kober: Recht der Schuldverhältnisse, Bd. II, Teil II. 9. Aufl. 1928.

Staudinger-Kober: Bd. III, Sachenrecht. I. Teil, 9. Aufl.

Stobbe-Lehmann: Deutsches Privatrecht. Bd. II. 3. Aufl. 1896.

v. Tuhr: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I, 1907.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I, 2. Aufl. 1930.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II, 2. Aufl. 1930.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I, 9. Aufl. 1906.

Lebenslauf.

Am 9. Januar 1911 wurde ich als Sohn des Oberstudiendirektors Julius Uppenkamp und seiner Ehefrau Maria, geb. Eckmann, zu Münster i. W. geboren. Ich bin deutscher Staatszugehörigkeit. Nach dreijährigem Besuche der Overberg-Volksschule zu Dortmund ging ich auf die Sexta des dortigen Staatlichen Gymnasiums über. Von Quinta ab besuchte ich das Staatliche Paulinische Gymnasium zu Münster i. W., das ich am 13. Februar 1929 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Hierauf studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Heidelberg (Sommerhalbjahr 1929 und Winterhalbjahr 1929/30), Bonn (Sommerhalbjahr 1930) und Münster (Winterhalbjahr 1930/31 bis einschließlich Sommerhalbjahr 1932). Am 30. Juli 1934 bestand ich das erste Juristische Staatsexamen und wurde im August 1934 zum Gerichtsreferendar ernannt.

Von Oktober 1935 bis Oktober 1936 diente ich freiwillig ein Jahr bei der Wehrmacht.

Zu der vorliegenden Arbeit selbst wie auch zu ihrer Durchführung habe ich mancherlei zweckdienliche Anregungen durch den Herrn Referenten Geh. Rat Professor Dr. Krückmann empfangen. Ihm gebührt mein besonderer Dank.

Die mündliche Doktorprüfung fand am 22. Juni 1937 statt.